
VET TES EN
NOV TAM TVM
Dei
Sub Numi
Vig


VET TES EN
NOV TAM TVM
Dei
Vige
ub Numi

ARCHIVIO GIURIDICO

DIRETTO

DA

FILIPPO SERAFINI

UNITAMENTE AGLI ALTRI PROFESSORI DI GIURISPRUDENZA

DELLA UNIVERSITÀ PISANA

Volume XLIX.

PISA

PRESSO LA DIREZIONE DELL'ARCHIVIO GIURIDICO

1892

Bologna 1892. Tipi Fava e Garagnani

DELLA SUPERFICIE

BIBLIOGRAFIA.

MONOGRAFIE.

Gambs (Io. Sebast.) *De jure superficiario* (Arg. 1644).

Thomae (Io.) *Dissertatio de superficie* (Ienae, 1649).

Reiteri (Andr.) *Disputatio de juris emphyteutici, soli et superficiei alienatione* (Ienae, 1656).

Schroeter (Ernest Frid.) *Disput. de jur. emphyt. soli et superficiei alien.* (Ienae).

Leyser (Guil.) *Disp. de jure superficiario* (Comm. et Op. vol. 1°, tom. 3°, disp. 16; Wittemberg 1675).

Strauchii (Io.) *Disp. de jure soli in superficie* (Ienae).

Hertii (Io. Nic.) *De jure superficiario* (Comm. et Op. vol I, t. III, pag. 329-347, Francof. 1716).

Slevogtii (I. Ph.) (**Bücking** G. A.) *De solario ex superficie praestando* (Ienae 1713).

Strauss (Io. Val.) *Diss. de jure superficiario* (Mogunt. 1732).

Sido (Casp.) *Diss. de superficiebus* (Arg. 1750).

Siegelii (Io. Gottlieb.) *Progr. de jure superficiario reali quidem ad dominium utile haud trahendo* (Lipsiae 1752).

Boch (Fhil. Jac.) *Diss. de superficie* (Argent. 1752).

Dittmar (Carol. Ant. Lud.) *De superficiei notione* (Lipsiae 1810).

Gesterding (F. C.) *Lehre vom Eigenthum, und solchen Rechten* ecc. (*Emphyteusis und Superficies* p. 405-484) (Greifswald 1817).

Proudhon. Traité des droits d' usufruit, d' usage et d' habitation et de *superficie* (5° vol. cap. 97 — Bruxelles 1833).

Buchholtz. *Ueber die Unterschiede zwischen Emphyteusis und Superfizies* (Iurist. Abhandl. 1833).

Büchel. *Einige Bemerkungen über das Institut der Superfizies* (Ueber jura in re — 1834).

Rudorff. *Beitrag zur Geschichte der Superfizies* (Zeitschrift für geschitl. R. W. XI, 1842).

Niegolewski (Vlad. Maur.) *De jure superficiario* (Bonnae 1846).

Heimbach. *Superfizies* (*Rechtslexicon* del *Weiske*, vol. X, 1856).

Zaun. *Ueber das Prinzip des einheitlichen Eigenthums an Boden, Gebäuden, und deren einzelnen Theilen* (Archiv. f. civil. Prax. XLIII, 1860).

Francke (junior). *Für die ordentliche Ersitzung der Emphyteusis und Superfizies.* (Archiv. f. civ. Prax. XLIV, 1861).

Emmerich. *Beitrag zur Lehre vom Besitze der Superfizies*, (Zeitschrift für Civilr. und Prozess. N. F. XVII, 1860) e *Zur Lehre von dem Rechte der Superfizies* (iv. vol. XX 1863).

Degenkolb (Heinrich) *Decret der Decurionen von Puteoli, zur Geschichte des Superfizies* (Zeitschr. für R. G. IV, 1864).

Id. *Platzrecht* und Miethe (Berlin, 1861).

Wächter (Carl. Georg.) *Das Superfiziar — oder Platzrecht* (2ª aufl.), Leipzig, 1868.

Meaume (E.) Nota alla sentenza della Corte di Besançon 12 Dic. 1864 (nel **Dalloz** Recueil de jurisprudence, an. 1865 p. 2ª pag. 1).

Guyot, *Des droits d'emphytéose et de superficie* (Nancy, 1876).

Schmidt (Adolph) *Das Recht des Superfizies* (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für R. G.* vol XI, 1890, p. 121-164).

Foro italiano. Riguardano il diritto di superficie: **Casini**, nota alla sent. App. Venezia 20 Dic. 1888 (For. It. 1889 p. I, col. 305): **Grondona**, nota Ap. Genova 11 Marzo 1889 (an. 1889 p. I, c. 469): **Segré**, nota Cass. Roma 20 Dic. 1890 (anno 1891 c. 348): **Ascoli**, nota App. Parma 6 Novembre 1890 (an. 1891).

TRATTATI GENERALI (*).

Bartoli a Saxoferrato. *Comm. in Digestum*, lib. 43, tit. 17 (tom. V, p. 143 — Venetiis 1602).

Donelli, *Comm. de Jure civili*, lib. IX, cap. 16, 17 e 18.

Lauterbach, *Colleg. theoretico-practicum Pandectarum*, lib. 43, tit. 17 (tom. III p. 386-399 — Tubingae 1765).

Leyseri, *Meditationes ad Pandectas*, specimen 509 (vol. VII).

Schilterii, *Praxis juris Romani ex.* XLVII, §. 62 (Francof. et Lip. 1713).

Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum* §. 302.

Windscheid, *Pandekten*, §. 223.

Arndts-Serafini, *Pandette* §. 200.

Dernburg, *Pandekten* §. 259.

Maynz, *Droit Romain*, vol. 1° §. 152.

(*) Qui si citano solo i principali, che han trattato più completamente del diritto di superficie: gli altri saranno ricordati nel corso del lavoro.

Deveri, *Istituz. di D. R.* vol. 1.° §§. 185-192.

Serafini, *Istituz. di D. R.* §. 90.

Demolombe, *Cours de Côde Napoléon* t. 9° (Traité de distinction des biens, vol. 1°) n. 483

Aubry et **Rau**, *Cours de Droit Civil*, vol. 2, §. 223.

Laurent, *Principes de Droit civil*, vol, 8, tit. VI.

De Filippis, *Dir. civ.* vol IV, tit. V, pag. 5-10.

Gianturco, *Istituz. di Dir. civ.* §. 52.

Chironi, *Istituz. di Dir. civ. ital.* vol. 1° §. 203-205.

Lomonaco, *Noz. el. di Dir. civ.* n. 149, II.

CAPO PRIMO

La proprietà unita della superficie, del suolo e sottosuolo.

§. 1. *Terminologia e introduzione.*

La parola « *superficie* » ha un doppio senso, uno che potrebbe dirsi matematico, e l'altro materiale o fisico. Nel primo denota la faccia esterna e superiore d'una cosa, quello spazio che ha lunghezza e larghezza e non profondità: ciò che i francesi esprimono colla parola *surface*, e i tedeschi dicono *Oberfläche*. Nel secondo serve a indicare tutto ciò che materialmente si trova al di sopra del suolo: (*quod supra faciem soli*, o *quod supra factum est*) (1): e in questo senso disse il **Cujacio** (2) « genera agrorum distinguuntur superficie idest illis rebus quae in iis nascuntur ». Ma in questo stesso senso la parola *superficie* ha un significato largo e un significato ristretto, *giuridico*. In significato largo vale tutto ciò che si trova al di sopra del suolo, senza riguardo ad alcun rapporto giuridico; nel ristretto esprime sia il diritto speciale di

(1) V. le inutili discussioni degli antichi se l'etimologia della parola *superficies*, fosse *supra faciem*, o *supra factum* in **Mejer,** *Colleg. Argentorat.* vol. 3° libr. 43, tit. 18 e **Dittmar,** *De superficiei notione.* — Confr. anche **Schmidt,** *Das Recht der Superfizies* (V. Bibliografia) p. 122 n. 1 che preferisce l'etimologia *(super facere)*.

(2) *Recitationes solem.* ad lib. VIII t. 1° *De serv.* (vol. 7° Ediz. Napol. col. 382); dove discorre de' vari significati della parola *superficies*.

godere ciò che si trova sul suolo altrui (ἐνοικικόν (3), *Zimmerrecht, Grundrecht*, *Platzrecht, Superficiarrecht*, *Baurecht*, *Erbaurecht*, droit de superficie) sia l' obbietto stesso di questo diritto (edifizio, piantagione, od altra opera sul suolo altrui).

La prima accezione della parola superficie fu trascurata dai Giureconsulti romani, i quali l' adoperarono solo nella seconda, sia nel senso largo di ciò che materialmente esiste sovra il suolo (l. 3 D. *de servitut*. VIII, 1; l. 23 D. *de usurp*. XLI, 3; l. 29 §. 2 D. *de pign. et hypoth*. XX, 1; l. 26 D. *de usurp*. XLI, 3) sia in quello giuridico di diritto sulla superficie altrui (D. *De superficiebus*, lib. XLIII, tit. 17 ecc.) e di oggetto stesso di questo diritto (l. 9 e 18 §. 4 e 39 §. 2 D. *de damn. inf*. XXXIX, 2; l. 15 D. *qui potior in pign*. XX, 4 ecc.).

Il Codice nostro, come il francese, non ha mai adoperata l'espressione « superficie » nè nel senso materiale di ciò che si trova sopra il suolo, nè nel senso giuridico di diritto speciale di godimento: ma solo invece nel significato matematico di faccia esteriore del suolo (art. 440). Per denotare ciò che i Romani intendevano per superficie in senso materiale ha usato la perifrasi « ciò che si trova sopra la superficie »; di superficie in senso giuridico nessuna parola.

Si è detto che il Codice distingue nella proprietà de' fondi cinque elementi: 1) il suolo, 2) lo spazio sovrastante, 3) ciò che si trova sopra la superficie, 4) ciò che ad essa si trova di sotto, 5) la superficie (4). Ma in verità questi cinque elementi non si riducono che a' tre i quali in natura realmente s' incontrano: suolo, soprassuolo, e sottosuolo. La superficie infatti, di cui il Codice parla, non ha nessuna importanza nè giuridica, nè pratica; è un concetto puramente astratto, e può servire soltanto come punto di partenza per determinare gli altri elementi. Lo spazio sovrastante al suolo e ciò che si trova

(3) *Basilio*. XXV, tit. 3, l. 15. **Cujacio** (*Recit. sol. ad.* tit. III, *si ag. vectig. idest emphiteuticar.* etc. lib. VI Dig. nel vol. VII Op. col. 376) pretende che grecamente il diritto di superficie si chiamasse ἐμβατεῦσις o ἔμβασις, ἐμβατευτικόν, o ἐμβατικόν sul fondamento della legge 3 §. 4 de reb. eor. etc. XXVII 9, dove si trova questa parola. Ma **Alciato** (*Parerga*, lib. 1, cap. 36) mostrò che quella parola se può comprendere anche la superficie ha un senso più generale, e denota ogni *jus ingrediendi* (ἀπὸ τοῦ ἐμβατεῦιν, pedem inferre, intrare) cioè il diritto di avere la detenzione di cosa appartenente ad altri, com' è ancora il diritto del *perpetuarius*, e del possessor vectigalis.

(4) **Pacifici Mazzoni**, *Istit. di Dir. civ.* vol. 3° (3ª ediz.) n. 78.

sopra la superficie si confondono insieme: quello è il contenente questo è il contenuto; spazio aereo e vuoto il primo, spazio occupato il secondo: la condizione giuridica di questo dipende dalla condizione di quello. I tre elementi dunque necessari naturalmente ed economicamente per lo sviluppo della proprietà fondiaria sono quelli che soli hanno importanza giuridica.

Noi dunque dovendo studiare la natura della superficie nel senso romano, dobbiamo prima considerarla come oggetto di godimento insieme col suolo e sottosuolo, com'è nella condizione normale delle cose, per passare poi a studiarla come oggetto di godimento distinto (diritto di superficie). E perchè la superficie non vi potrebb'essere senza lo spazio aereo, studieremo i diritti del proprietario del fondo sullo spazio aereo e sul sottosuolo; dal quale studio deriveranno come corollario i diritti di esso su ciò che si trova sopra il suolo, e ciò che si trova al di sotto.

§. 2. *La proprietà dello spazio aereo e del sottosuolo.*

Che il sottosuolo come il suolo sia oggetto capace di proprietà, si è compreso molto più facilmente: i dubbi sono sorti principalmente a riguardo dello spazio aereo. Può su di esso vantarsi un diritto di proprietà? Forse la sua natura non è tale da renderlo incapace di appropriazione? Non s'ha a considerare come *res communis?*

Il nostro Codice, come in generale tutt'i Codici moderni, ha risoluto la questione nel senso tradizionale: e ha parlato di proprietà dello spazio aereo. Nel citato articolo 440 è detto: « Chi ha la proprietà del suolo, ha pur *quella dello spazio sovrastante* ecc. ».

Ma ciò non ostante, è necessario esaminare se tale risoluzione sia o no giusta, se vera proprietà è quella di cui il Codice parla o altro diritto di godimento.

Sembra che anche le fonti romane parlino di proprietà dello spazio aereo: nè gli sforzi fatti per interpretarle in altro senso hanno avuto fortuna.

1) l. 1 pr. D. *de serv. praed. urb.* VIII, 2 « Si intercedat solum publicum vel via publica, neque itineris actusve neque altius tollendi servitutes impedit: sed immittendi, protegendi, prohibendi, item fluminum et stillicidiorum servitutem impedit, quia *coelum*, quod supra id solum intercedit *liberum esse debet* » (**Paulus**).

2) l. 22 D. *quod vi aut clam* XLIII, 24 « Si quis projectum aut stillicidium in sepulcrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi quia sepulchri non solum is locus qui recipiat humationem, sed *omne etiam supra id coelum:* eoque nomine etiam sepulchri violati agi posse » (**Venulejus**).

3) l. 21 eod. « In opere novo tam soli quam *coeli* mensura facienda est. (**Pomponius**).

Inutile il dire che tutti gli antichi interpetri non han dubitato, tranne qualche rara eccezione (5), che in que' testi si parlasse di proprietà dello spazio aereo, anzi sono andati tant' oltre da fondare su di essi il famoso principio « *cujus est solum ejus est usque ad coelum et usque ad inferos* ». Ciò è stato sconosciuto da alcuni Romanisti moderni, come il **Gesterding** (6) e il **Weremberg** (7).

Su' due primi frammenti così ragiona il **Weremberg**. — Pur non volendo dare importanza a questo che in que' due luoghi non si parla d'aria o spazio aereo, ma di cielo, e il cielo non è cosa che entri nel dominio del diritto, e ritenendo pure che Paolo e Venulejo abbiano inteso discorrere di aria e di spazio aereo; quei luoghi nondimeno non accennano alla proprietà dell'aria. In essi infatti non si parla d'un diritto esclusivo del proprietario del suolo al godimento dello spazio sovrastante; nè vi è accolto il principio che il proprietario del suolo può escludere ogni opera del terzo nella o sulla colonna d'aria; ma si discorre soltanto dell'esclusione di *alcune* operazioni le quali consistono nella costruzione di determinata opera nella colonna d'aria. Il primo frammento considera il caso che il fondo dominante e il servente siano divisi da un luogo pubblico: e si afferma che questa circostanza non rende impossibile la *servitus itineris, actus,* bensì la *s. stillicidii, immittendi*, perchè in quest'ultima ipotesi non è possibile il collegamento de'fondi per l'esercizio della servitù. Il proprietario del fondo dominante dovrebbe immettere la sua grondaia o le sue travi nell'aria sovrastante alla piazza pubblica: ma non lo può, perchè questa deve rimaner libera. Ma che lo spazio sia una pertinenza della piazza pubblica non è detto,

(5) **Roberti,** nelle *Controversie* con **Cujacio,** lib. III, cap. 19 (*Op. Cujacii*, tom. X ed. Nap. col. 332-338).

(6) *Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien.* —. *Das Märchen von der Luftsäule* cit. dall' **Abignente,** *Proprietà del sottosuolo*

(7) *Ueber die Collision der Rechte verschiedener Grundeigenthümer* (ne' *Iahrbücher di* **Ihering,** vol. VI) p. 17 e 18.

nè che l'aria contenutavi non sia più *res communis*: piuttosto Paolo ha inteso dire che l'aria debba rimanere libera dalle opere di chicchessia, appunto perchè, come *res communis*, non deve servire esclusivamente ad alcuno —.

In quanto al secondo testo che ancor più chiaramente esprime l'appartenenza al sepolcro dello spazio sovrastante, lo stesso autore ci avverte anticipatamente — che bisogna prima d'ogni altro considerar bene le circostanze di fatto in cui quella decisione fu data: essendo cosa nota che le risposte de' giureconsulti non abbiano un valore assoluto, ma che spesso siano giuste in un dato caso e false, considerate come principî generali. Or la l. 22 citata fa il caso che sopra il sepolcro si trovasse una grondaia o uno sporto. Il giureconsulto dice che non si deve sopportarli, quand'anche lo stillicidio e il balcone non tocchino lo stesso sepolcro. Se tale decisione sia giusta in ogni circostanza, anche quando le gocciole cadenti dalla grondaia non toccassero la terra, ma si perdessero in polvere nell'aria, e se anche in questo caso vi sia lesione del diritto sulla colonna d'aria, si può dubitare. Questo però è certo che anche in quel testo non ogni operazione viene esclusa, ma solo la disposizione d'un'opera determinata nello spazio che si trova sul suolo altrui —.

Ma in verità, le argomentazioni del **Weremberg** cadono, quando si noti che con tutte le circostanze di fatto che si vogliano supporre, ne è affatto indipendente la decisione che lo spazio sovrastante al luogo pubblico e al religioso debba partecipare alla natura di questi. Invero nel primo frammento la decisione: « *coelum supra id solum liberum esse debet* » non dipende dal fatto di voler costituire piuttosto la *s. stillicidii*, che la *s. luminum*: poichè tanto nell' uno che nell'altro caso la condizione dello spazio sovrastante è sempre la stessa: la sola differenza è che in uno la servitù sul fondo altrui può coesistere colla libertà dello spazio sul suolo pubblico; nell'altro la servitù non è possibile, perchè non è possibile tale coesistenza. Il cielo dev'esser libero non perchè *res communis*; le *res communes* sono capaci di parziale appropriazione come il mare, e **Venulejo** non avrebbe addotto una ragione che, invece d'appoggiare, contrariava il suo responso: ma dev'essere libero, perchè partecipa della natura del suolo ch'è pubblico, e il luogo pubblico non può servire al godimento del privato che ostacoli quello del pubblico. La condizione giuridica del suolo si estende dunque allo spazio che vi sta sopra. E tale principio è ancor più chiaramente applicato al caso dello spazio sopra il sepolcro. Invano il **Werem-**

berg cerca di sconoscere l'autorità di quel testo a furia di sottigliezze: vi è detto esplicitamente: « sepulchri sit non solum is locus qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id coelum ». Nè vale l'osservazione dell'**Abignente** (8) che qui si comprende *l'omne coelum*, dacchè il sepolcro è *Diis manibus dicatum*, e *coeli loca supera sunt Deorum*, sicchè l'affermazione di **Venulejo** è nell'ordine delle cose e consentanea a tutto l'organismo religioso e giuridico de' Romani. Perchè in prima la parola *coelum* avea presso i Romani un doppio significato come presso di noi: il *coelum* degli Dei non poteva venir preso in considerazione da' Giuristi, i quali parlando di *coelum* non altro intendevano che l'aria, come negli altri testi citati. Inoltre nemmeno per la specialità del sepolcro si può credere siasi parlato in senso teologico; per la ragione che i *Dei manes* non erano annoverati tra i *superi,* tra quelli che abitavano il cielo. Anche in quel frammento, adunque, si parla di spazio aereo.

Nè è giusta la interpetrazione che nel secolo XVI diede a quei testi il **Roberti** (9): il quale, per negare la proprietà dello spazio, ricorse all'autorità della *Metamorfosi*, de' *Salmi* e del *Deuteronomio*, volendo far noto a chi ancora nol sapesse che il cielo appartiene alla divinità. Egli, dopo avere affermato essere una specialità del suolo pubblico quella che *coelum liberum esse debet*, sostenne che la parola *coelum* nel frammento di Venulejo significasse lo spazio occupato con una costruzione, perchè non poteva un sepolcro diventare religioso, se non vi fosse qualcosa al di sopra del suolo. Asserzione questa, come ognun vede, affatto arbitraria, poichè le leggi ch'egli cita in suo favore (l. 1, 3 ed ult. D. *de mortuo infer.* XI, 8; l. 2, e 7 D. *de sep. violat.* XLVII, 12; l. 42 D. *de relig. et sumptibus fun.* XI, 7) sono ben lungi dal richiedere l'edifizio come requisito necessario per la religiosità del luogo: ma si riferiscono al caso in cui l'edifizio di fatto vi sia. In ogni modo è affatto con-

(8) *Proprietà del sottosuolo*, p. 45.

(9) Op. e loc. cit. « Soli autem possessorem non contingit, quod in aere supra impendente fit, nec qui solum possidet propterea et circumfusum aerem possidere dici potest, ut quidem de Minoe apud Nasonem lib. 8. Metamor. sic inquit Dedalus — Omnia possideat, non possidet aëra Minos — . . . . . Quin potius dicamus cum regio poeta et psalte, ps. 113. « Coelum coeli domino, qui terram ipsam filiis hominum dederit ». Ubi convenit et quod Deut. 11 dixit Dominus Moysi: Omnis locus quem calcaverit pes vester erit vester, sed non ut quae circumfusa sunt calcantium fieri voluerit ».

trario al linguaggio romano chiamare *coelum* lo spazio occupato da un edifizio.

Ora se lo spazio aereo sul sepolcro e sul luogo pubblico è religioso e pubblico rispettivamente; perchè non poteva essere privato quello su suolo privato? La stessa ragione che vale nella prima ipotesi, vale anche nella seconda. Osserva benissimo al proposito il **Ihering** (10): « I giureconsulti estesero dal mare alle sue spiagge la qualità di *res communis*. Perchè? Per la stessa ragione per cui era necessaria l'estensione della qualità di religioso e di pubblico dal suolo allo spazio, e segnatamente perchè l'uso, a cui la cosa è destinata, sarebbe altrimenti incerto, perchè ciò esige la conseguenza della sua destinazione. Come ivi la sfera giuridica d'una cosa si estende nel lato, qui s'estende nell' altezza. E quest' ultima cosa non è meno necessaria per i fondi privati che per quelli sottratti al commercio ».

E invero l'appartenenza dello spazio aereo alle proprietà private risulta chiara dal terzo frammento riportato. Ivi si parla di una *mensura coeli*, come d'una *mensura soli:* ora il *coelum* che si doveva misurare non poteva essere quello spazio aereo ch'è *res communis*, ma invece quello ch'è pertinenza del suolo sottostante, che è di proprietà di colui al quale il suolo appartiene.

Nè miglior fondamento trova l'opinione del **Weremberg** nella l. 29, §. 1 D. *ad leg. Aquil.* IX, 2, in cui sarebbe espressamente esclusa l'appartenenza dello spazio al proprietario del suolo:

« Si protectum meum quod supra domum tuam nullo jure habebam recidisses, posse me tecum damni injuria agere, Proculus scribit. Debuisti enim mecum, jus mihi non esse protectum habere, agere; nec esse aequum damnum me pati recisis a me meis tignis. — Aliud est dicendum ex rescripto Imperatoris Severi qui ei per cujus domum trajectus erat aquaeductus citra servitutem, rescripsit, jure suo posse eum intercidere; et merito: interest enim quod hic *in suo protexit*, ille in alieno fecit » (**Ulpianus**).

Or dalle parole « in suo protexit » si rileverebbe, secondo il W., che **Ulpiano** sconosce il diritto del proprietario del suolo sullo spazio, e l'attribuisce piuttosto a chi ha collocato lo sporto sullo spazio che si trova sul suolo altrui. Ma in tale interpretazione v'ha un errore evidente, e lo notò anche il **Ihering** (p. 87, 88). In quella

(10) *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthumes* (ne' *Iahrbücher* vol. 6 p. 89).

legge si fanno due casi differenti; uno, che siasi edificato sul suolo proprio, e che siasi invaso con uno sporto lo spazio del vicino; l'altro che siasi fatta un' opera per intero nel suolo altrui: or le parole *in suo protexit* riguardano il primo caso, e la parola *suo* si riferisce al luogo in cui l'edifizio è sorto, e al quale lo sporto appartiene, non già allo spazio aereo.

Invero i giureconsulti, che han negato la proprietà sullo spazio aereo (11), son partiti dal presupposto che lo spazio sia tale di sua natura da non poter formare oggetto di proprietà. E le ragioni sono state queste: — lo spazio aereo non è cosa che abbia sostanza, è il vuoto, è una quantità negativa: non è quindi una cosa e, come tale, non è suscettiva di proprietà (12). Altri poi pur reputando che sia una cosa, afferma che appartenga alla categoria delle *res communes*, e quindi non capace di proprietà privata (13).

Che lo spazio aereo però non sia qualche cosa di sostanziale, ma un che di vuoto e di negativo, è un'asserzione che origina da un un falso concetto filosofico sullo spazio in genere, che va rigettato: poichè lo spazio, come una più retta filosofia insegna, non è solo un fenomeno, ma una realtà obbiettiva. Certo l'*idea* dello spazio è astratta e subbiettiva: poichè l'estensione, ove si divida dal corpo, è un'astrazione della mente, siccome il tempo e il modo *puro*, è il modo particolare di quel sentimento che il corpo cagiona nel nostro spirito. Ma da ciò non deriva che l'estensione che noi percepiamo ne' corpi non sia reale e obbiettiva, ma invece apparente e illusoria, come piacque a'seguaci della filosofia trascendentale. Ond'è che lo spazio obbiettivamente considerato, come risultante dalla contiguità di vari punti materiali, è qualcosa di reale e positivo (14). Del resto, lasciando le questioni metafisiche, se lo spazio aereo è tale che da esso può trarsi un' utilità, è cosa nel senso giuridico. Poichè, giuridicamente è cosa (come bene ha osservato anche il **Pampaloni**) (15) quanto presenta all'uomo valore di utilità, ed ha o è eventualmente suscetti-

(11) Tra gli scrittori di Dir. moderno negano la proprietà dello spazio: **Unger,** *System* ecc. vol. 1° §. 46, pag. 36 n. 4: e **Förster,** *Theorie u. Praxis des heut. gem. P. R.* vol. 3° §. 187 p. 410 (4ª ediz.)

(12) **Gesterding,** op. cit. e **Voigt,** *Die XII Tafeln*, citati dal **Pampaloni,** *Della cond. giur. dello spazio aereo e del sottosuolo (Arch. giur. 1892)*.

(13) **Weremberg,** op. cit.

(14) **Rosmini,** *Nuovo saggio sull' origine delle idee*, vol. 2°, cap. 8 e 9.

(15) Op. cit. (*Arch. giur. XLVIII*, pag. 32 segg.)

bile di avere valore di cambio, mentre costituisce un' unità distinta. Ora che lo spazio aereo abbia un valore di utilità, non può dubitarsi, quando si pensi che senza di esso niuna utilità potrebbe dare il suolo stesso, il quale o sia destinato all' agricoltura o alle costruzioni, ha bisogno dello spazio che gli sovrasta. Se dunque lo spazio è una cosa, perchè non dovrà essere suscettivo di proprietà? — È una *res communis* — si risponde. Ma il **Ihering** (p. 86) replicava: « Cosa comune è l'aria; ma non segue da ciò che sia tale anche lo spazio in cui quella si contiene. Se l'illazione dalla natura giuridica dell' aria a quella dello spazio fosse fondata, sarebbe fondata anche l' illazione dalla natura giuridica dell' acqua scorrente a quello del letto in cui scorre, o dalla natura della selvaggina a quella del luogo in cui è trattenuta. L'aria e l' acqua corrente sono comuni, la selvaggina è *res nullius;* ma segue da ciò che io possa entrare nel fondo vicino per respirarvi l'aria, o attingere l'acqua dal suo ruscello, o per cacciarvi le fiere? Il Weremberg ha scambiato l'aria per lo spazio ». Noi invece non andiamo tant' oltre. Pur riconoscendo che l'aria non si possa confondere con lo spazio aereo, come molti han fatto, non vogliamo negare che anche lo spazio aereo possa considerarsi come *res communis*. Se per cose comuni s'intendono (secondo la generale opinione) quelle che sono di tale natura da non poter cadere nel dominio esclusivo di alcuno, ma di cui l'uso è concesso a tutti indistintamente, tale è ancora lo spazio il quale per la sua estensione indefinita non può esser capace di appropriazione privata, serve a tutti gli uomini, che in esso vivono e operano. Però una delle caratteristiche delle cose comuni, e quella appunto che le fa considerare come *res* nel senso giuridico, è che possono essere sottoposte al privato dominio *per parti.* Onde se la proprietà privata non può abbracciarle nella loro totalità, le può invece comprendere in alcune parti determinate. Se ciò non fosse possibile, le cose comuni sarebbero da relegarsi tra quelle che non sono cose nel senso giuridico, cioè che non rappresentano all' uomo alcun valore d' uso o di scambio, e sono quindi incapaci d'essere oggetti di rapporti giuridici, come per es. i corpi celesti (16). Lo spazio aereo dunque può essere nelle sue parti oggetto di proprietà: alla stessa guisa che il mare, pure essendo *res communis*,

(16) Cf. **Pampaloni,** *Condiz, giur. delle rive del mare* (Bollett. Ist. di Dir. Rom. an. IV, 1891) e **Cipelli,** *Sulle cose comuni* (*Arch. giur.* vol. 26, pag. 329).

era da' Romani considerato capace di privato dominio per determinate porzioni (l. 14 D. *de injuriis* XLVII, 10).

Ora se tale è la natura dello spazio aereo, non si può negare il diritto di proprietà che al proprietario del suolo spetta su di esso. La necessità di una tale estensione del diritto di proprietà è naturalissima: il godimento del suolo non sarebbe possibile, se il proprietario non potesse godere dello spazio sovrastante ad esclusione di altri che vi volesse affacciare delle pretese. E tale necessità non è stata disconosciuta da quelli stessi che han negato il diritto di proprietà. Così il **Gesterding** ha riconosciuto invece un diritto di signoria (*Rechtsgebiet*) e il **Werenberg** non esclude un diritto del proprietario del suolo a godere dello spazio a preferenza d'ogni altro: onde giustamente il **Ihering** (p. 85) notava che quell'autore ciò che in una forma nega, ammette in un'altra. Or se è così, che cosa altro sarà mai quel diritto esclusivo di divieto che ha il proprietario del suolo contro qualsiasi invasione dello spazio aereo? Bellamente diceva lo stesso **Ihering**: (p. 86, 87) « La legge non deve tenersi dal riconoscere questo diritto, sol perchè la dottrina non è d'accordo sotto quale concetto debba comprenderlo. Si chiami abusivamente proprietà della sfera aerea, o si chiami una conseguenza, un'appendice della proprietà, quest'è una questione accademica (*Schulfrage*); praticamente basta che si riscontrino in questo diritto i due momenti della proprietà; il positivo, che cioè il proprietario può godere lo spazio per sè, e il negativo cioè ch'egli possa respingere ogni invasione altrui ».

Se dunque tale diritto del proprietario del suolo è da tutti riconosciuto, e lo spazio non è tale che si sottragga in tutto al privato dominio, non si può negare che sia giuridicamente esatto il concetto dell'estensione della proprietà del suolo allo spazio sovrastante.

E le stesse ragioni che valgono per lo spazio aereo valgono ancora pel sottosuolo. Per il pieno godimento del fondo, com'è necessario quello dello spazio sovrastante, così è necessario anche quello del sottosuolo. Come la terra non può dare i suoi prodotti, se non vi sia al di sopra uno spazio libero in cui gli alberi e le piante si svolgano e si nutrano d'aria, di pioggia e di luce, come non si può costruire un edifizio che non si elevi nello spazio; così l'edifizio stesso ha bisogno ancora di aver salde le sue fondamenta nella profondità del suolo, e gli alberi e le piante di ricevere i succhi vitali. Senza un godimento del sottosuolo, la proprietà del suolo sarebbe

un'astrazione. Suolo dunque, spazio aereo e sottosuolo sono tre elementi per sè distinti, che formano però il concetto unico di proprietà fondiaria.

Quindi anche al sottosuolo dovrà estendersi la proprietà del suolo. E ciò, in verità, hanno ammesso anche alcuni di quelli che han negato la proprietà dello spazio aereo (17). Il **Weremberg** però ritiene che anche il sottosuolo sia *res communis*, e come tale, non capace di proprietà. Ma concesso pure che il sottosuolo sia *res communis*, tale qualità, come abbiamo visto, non esclude la capacità di diventare oggetto di proprietà privata. Il vero poi è che il sottosuolo non può dirsi *res communis*, appunto perchè non si presta ad uso comune: esso piuttosto può venire rettamente considerato come *res nullius*, e come tale può essere oggetto di proprietà privata.

È dunque esatto, secondo i principî giuridici, che chi ha la proprietà del suolo ha pure quella dello spazio che si trova sopra e sotto di esso.

§. 3. *Fondamento della proprietà dello spazio e del sottosuolo.*

Ma qual'è il fondamento di cosiffatta estensione della proprietà? Il fondamento, già l'abbiamo detto, è la necessità derivante dalla natura stessa del suolo, di non poter offrire tutte le possibili utilità di cui è capace, senza il concorso delle forze naturali esistenti nel sottosuolo e nello spazio aereo. La proprietà del sottosuolo e dello spazio è una conseguenza necessaria del diritto di proprietà sul suolo. Basterà dunque acquistare la proprietà di questo, perchè si acquisti anche la proprietà di quelli: la proprietà sullo spazio e sul sottosuolo comincia colla proprietà del suolo; non nasce già con una speciale occupazione del sottosuolo e dello spazio aereo. Fu il **Weremberg** stesso che, non ammettendo un diritto di proprietà, mise fuori l' idea che, il diritto di godimento necessario al proprietario del suolo nascesse con l'occupazione del sottosuolo e dello spazio: questo diritto comincerebbe, quando l'occupazione vi fosse, e cesserebbe, quando l'occupazione stessa venisse a mancare. In tanto il proprietario del suolo ha diritto al sottosuolo, in quanto v'abbia scavato per porre le fondamenta della casa, o gli alberi abbiano gettato le loro radici, e in tanto ha diritto allo spazio, in quanto

(17) **Voigt**, op. e loc. cit.

l'edifizio sia stato innalzato e le piante siano cresciute (p. 15, 21): onde la logica conseguenza che, demolito l'edifizio o distrutti gli alberi, il sottosuolo e lo spazio aereo, ch' erano stati occupati, ritornano alla loro condizione primitiva di *res communes*. È dunque, secondo il W., l'occupazione effettiva il fondamento del diritto sul sottosuolo e sull'aria; mancando questa, non ha il proprietario del suolo un diritto maggiore che un altro estraneo (p. 27).

Questo concetto in verità non è nuovo e fu esposto ancora dal **Roberti** (1) che il W. trascura di citare: ma non perciò è men falso. E lo stesso **Werenberg** mostrò quanto sia debole tale teoria, rigettandone le conseguenze e contraddicendosi. Infatti egli fa il caso che un vicino abbia fatto sporgere un balcone sul mio fondo e io non l'abbia impedito durante la costruzione. Potrò io, dopo compita l'opera, costringere il vicino a toglierla? Evidentemente, a voler essere logici, mi si dovrebbe negare cotal diritto. Se l'aria è *res communis*, e s'acquista un diritto su di essa coll'occupazione effettiva, io che ho trascurata quest'occupazione, che invece è stata compiuta da un altro, non posso pretendere che questi distrugga l'opera fatta, perchè non v'è stata lesione di mio diritto. Ma tale decisione, lo dice lo stesso W., ripugna alla coscienza giuridica (Diess anzunehmen sträubt sich gewiss das juristische Gefühl! (p. 29). Per qual ragione? « Perchè per l'occupazione di una parte dello spazio aereo la condizione del suolo stesso viene per il proprietario essenzialmente mutata. Il fondo ha perduto la sua capacità di porre effettivamente il proprietario nella condizione d'occupare lo spazio che gli piacesse sopra di esso, per es. di edificarsi una casa in direzione del mio balcone: il valore economico del fondo verrà pel mio atto diminuito: io ho limitato così il contenuto del diritto di proprietà sul suolo, non sulla colonna d'aria ». Ottimamente; ma questa ragione non che essere fondata nelle premesse, le distrugge e mostra quanto quelle siano erronee. Poichè essa non deriva già dalla teorica dell'effettiva occupazione, ma invece da quella dell'esigenza del possibile godimento del fondo. Or se pel godimento

(1) loc. cit. « Sicque falsum illud contendimus quod simpliciter et indistincte ait, coelum cedere solo: id enim *in eo tantum verum est qui aedificium solo imposuit, quo ipsum aerem superfusum occupasse et possidere coepisse intelligitur*. Unde fiat ut cum ejus ad coelum usque factus intelligatur, in eo fieri nihil possit, quod ejus aedificio impedimentum nullum adferat, aut ejus libertatem auferat.... ».

pieno del suolo è necessario ancor quello dello spazio e del sottosuolo, egli è evidente che chi mi limita il godimento dello spazio aereo, quand'anche non effettuato ancora, mi viene in realtà a limitare il godimento che il suolo sarebbe stato capace di darmi senza quella limitazione. Dunque non da un'effettiva occupazione sorge il diritto di godimento allo spazio dell'aria e al sottosuolo, ma dallo stesso fatto della proprietà del suolo. Chi è proprietario del suolo, per ciò solo estende il suo dominio al sottosuolo e allo spazio sovrastante, senza che vi sia bisogno d'una reale occupazione: se di occupazione si vuol parlare, essa non sarà che implicita e virtuale. E questa conseguenza è la sola che logicamente discende, dato quel fondamento all'estensione del diritto di proprietà: poichè se il godimento del sottosuolo e della colonna d'aria è richiesto per il godimento del suolo, quello dovrà necessariamente esser coevo e coesistente con questo: acquistato l'uno, s'intenderà acquistato anche l'altro, senza bisogno di ricorrere a uno speciale *modus adquirendi.*

§ 4. *Limiti della proprietà dello spazio e del sottosuolo.*

Ma la quistione di somma importanza pratica e che s'agita vivissima anche sotto l'impero de' moderni Codici, è sui limiti della proprietà dello spazio aereo e del sottosuolo.

Ha oppur no questa proprietà de' limiti e quali essi saranno?

Razionalmente parlando, che la proprietà del sottosuolo e dello spazio sovrastante debba esser limitata, non si può negare. Ciò deriva dalla natura stessa del diritto, il quale trova de' confini nell'interesse che n'è il sostrato, nell'attività dell'uomo che n'è il soggetto, nella coesistenza sociale in cui esso si attua. Un diritto illimitato, presa questa parola nel suo vero significato, è una contraddizione in termini. Deriva ancora dal fondamento stesso che abbiamo dato all'estensione della proprietà allo spazio e al sottosuolo. È quindi poco serio l'asserire che la proprietà del suolo deve estendersi all'indefinito nell'aria e nella profondità, perchè il diritto di proprietà è *plena potestas in re* (1). Poichè per ampio e sconfinato che voglia concepirsi il diritto di proprietà, tale sconfinatezza e amplitudine riguarderà sempre il contenuto del diritto, non già il suo oggetto, che può essere bene piccolissimo e limitato. Il povero

(1) **Manfredi,** *Sottosuolo* (nel *Filangieri* 84), e **Pallotta,** *Diritti del proprietario sul sottosuolo* (nel *Diritto e giurisprudenza* 1885-86).

agricoltore sul suo tugurio e sul magro campicello non avrà perciò meno il diritto di proprietà che il ricco proprietario di latifondi e giganteschi palagi. Ed invero qualunque principio tu metta a fondamento del diritto di proprietà, non puoi disconvenire che il suo oggetto debba essere limitato. No, non è solo il principio del lavoro, da cui deriva la conseguenza del limite; sicchè dimostrata falsa quella teorica, se ne distrugge la conseguenza: ma sì ancora il principio dell'occupazione e della personalità. Poichè l'occupazione dovendo essere efficace, non può cadere su cosa indefinita: e l'attività stessa della persona, per grande che s'immagini, non può non esser limitata. — L'utilità (ha detto un profondo filosofo che meglio degli altri ha compreso la natura della proprietà) è uno de' limiti naturali di questo diritto. Che anzi il primo degli elementi, nell'ordine cronologico, necessario per la *congiunzione giuridica* che costituisce la proprietà esterna, è l'idoneità della cosa ad arrecarci qualche vantaggio. Onde segue « che se oltre tutto l'uso che noi possiam fare di una cosa, questa rimane ancora idonea ad essere usata da altri, noi non possiamo loro impedirne quest'uso che rimane possibile, perocchè un tale impedimento non accresce nè punto nè poco il vantaggio che noi possiamo cavare da essa. Quindi fu osservato ottimamente da alcuni autori che un oggetto, acciocchè possa diventare proprietà esclusiva di una persona, dev'essere *esauribile* dall'uso, che ne fa la persona » (2).

Pure il principio del limite, razionalmente cosí ovvio, non è stato sanzionato espressamente dalla legge, nè è entrato nelle menti degl'interpetri: causa l'erronea tradizione.

Si è creduto che il Diritto Romano, che finora generalmente si è riguardato come il diritto razionale scritto, *ratio scripta*, avesse sanzionato il principio che il proprietario del suolo sia proprietario della colonna d'aria fino al cielo e del sotto suolo fino all'inferno: e quindi questo si è ritenuto come canone indiscutibile, come un domma cui bisogna credere e non intendere. Il brocardo « cujus est solum, ejus est usque ad coelum, et usque ad profundum » o « usque ad inferos » è anc'oggi invocato da giuristi e magistrati, come principio certo di diritto, come un dettato di legge

(2) **Rosmini,** *Filosofia del Diritto*, vol. 1°, n. 389, 390, e ivi l'intero capitolo IV, lib. 2°, (Diritto individuale).

positiva (3). Ma il vero è che nelle fonti romane quel principio nè esplicitamente nè implicitamente si trova enunciato. Esso fu formulato dagli interpetri, e più esplicitamente e per prima da **Cino da Pistoia** (4), ma ch'era stato già accennato da' Glossatori sul fondamento de' testi innanzi riportati. Si prese la parola *coelum* nel significato materiale, e si estese la proprietà dello spazio fino all'indefinito, *usque ad sidera*, *usque ad coelum*. La Glossa però si contentò del cielo, e non discese all'inferno: non accennò a una proprietà indefinita del sottosuolo. Gl'interpetri posteriori fecero un passo più avanti, e sebbene non trovassero alcun appicco nelle fonti riguardo al sottosuolo, argomentando dallo spazio aereo, estesero fino all'indefinito anche la proprietà del sottosuolo, *usque ad profundum*, *usque ad inferos*.

Nè quel principio poteva essere adottato da' Romani giureconsulti, i quali aveano sempre di mira il pratico e il concreto, e non avrebbero saputo concepire un diritto vago e indeterminato, senza precisione alcuna, qual'è quello dello spazio fino al cielo e del sottosuolo fino all'inferno. I frammenti del Digesto che sono stati citati in favore dell'illimitata estensione della proprietà (l. 9 D. *de usufructu* etc. VII, 1; l. 13 §. 5 eod.; l. 13 §. 1 D. *comm. praed.* VIII, 4; l. 77 D. *de contrahenda emptione* XVIII, 1) parlano semplicemente di *alcuni* prodotti del sottosuolo spettanti a chi è proprietario del suolo, e questi inoltre son certi, determinati e conosciuti: ma non si fa il menomo accenno di un diritto illimitato sul sottosuolo considerato indeterminatamente (5). Oltre di che lo

(3) Così per es. il **Pallotta** (op. e loc. cit.), afferma con sicurezza, rigettando le osservazioni già fatte dal **Lampertico**: « *I Romani avevano i due aforismi notissimi:* « Praedia supra terram sunt libera domino usque ad coelum, ita sunt libera usque ad profundum » e l'altro « dominus soli dominus est coeli et inferorum », mentre come ognun sa il secondo non è che un brocardo in uso nel foro, e il primo si trova così formulato dal **Cepolla**, (De serv. 2, cap. 27, n. 41). Ciononostante, secondo quell'a. quelle parole possono considerarsi dette da' giureconsulti Romani, perchè non tutte le leggi a noi pervennero, mentre i Glossatori furono in grado di esaminare un più gran numero di testi: onde ciò che essi han detto vale come detto dai giureconsulti, e perciò la Glossa fa parte del Diritto romano (!!).

(4) V. **Abignente**, op. cit.

(5) Per una larga esposizione delle leggi citate cfr. **Abignente**, op. cit. p. 15-25.

stesso frammento di **Pomponio**, sopra riferito, ci autorizza a credere che i Romani considerassero limitato il diritto allo spazio; ivi infatti si parla d'una *mensura coeli*: dunque non è più questo il cielo degl'interpetri, il cielo astronomico od empireo, ma un cielo che può misurarsi, e, si noti co' mezzi che allora forniva l'arte, quando non erano nati ancora Pascal, Torricelli e Laplace, nè era noto il barometro (6). Era dunque quello un cielo abbastanza limitato. E con questo criterio si spiega il *coelum* degli altri frammenti, benchè in questi non si faccia cenno a limite di sorta. È giusto dunque pensare che anche per Diritto Romano la proprietà del sottosuolo e dello spazio aereo fosse concepita come limitata: il che è conforme allo spirito di quel Diritto e agli stessi testi a noi pervenuti.

Ma che deve dirsi sotto l'impero di Codici, come il nostro (7) che non pongono espressamente alcun limite alla proprietà dello spazio e del sottosuolo, e anzi, considerata l'efficacia della tradizione su' loro compilatori, e anche la lettera stessa, fanno credere che siasi voluto sanzionare l'erronea massima degl'interpetri?

Nell'art. 440 del nostro Codice si legge: « Chi ha la proprietà del suolo ha pur quella dello spazio sovrastante e di tutto ciò che si trova sopra e sotto la superficie » senza alcuna parola che ponga limite a un concetto così indeterminato: e nell'art. 447 cap. « Parimenti disotto al suolo può fare qualsiasi costruzione e scavamento e trarne tutti i possibili prodotti, ecc. ».

Ma nonostante la generalità delle parole non può sostenersi che il Codice abbia consacrato l'assurdo principio di una proprietà indefinita e illimitata. Appunto per l'indeterminatezza dell'espressione

(6) Lo stesso, p. 43.

(7) Sanzionano lo stesso principio il Cod. civ. Sassone §. 218, il Cod. austriaco §. 297, il C. Cantone di Vaud, art. 352, il Cod. del Fribourg, art. 470, il Codice Olandese, art. 626, il C. della Luigiana art. 497, il Cod. spagnuolo art. 350, il Prog. Cod. civ. germanico §. 849. Tra questi è notevole il Cod. della repubblica argentina che ha riprodotto nella sua iperbole il principio degl'interpetri: « art. 2518 — La propriedad del suelo se estiende a *toda* su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo an lineas perpendiculares. Comprende *todos* les objectos que se encuentran bajo el suelo come lòs tesoros, y las minas, salvo las modificaciones dispuestas pos las leyes especiales sobre ambos objetos. El proprietario es dueno exclusivo del espacio aéreo, puede estender en el sus constucciones, aunque quiten al vicino la luz, las vistas ù otras ventajos; y puede tambien demandar la demolicion de las obras del vecino qu à *cualquiera* altura avancen sobre ese espacio ».

legislativa, l' interprete ha il dovere di precisarla e determinarla col sussidio che gli somministrano i principj generali del Diritto. Ora se questi ci dicono che il diritto arriva fin dove l' interesse; quell' interesse ch' è fondamento della proprietà del sottosuolo e dello spazio, ne sarà anche il solo limite naturale. Sarà questione che si potrà risolvere diversamente, quella del punto a cui l' interesse si estende, e quindi fin dove arrivi la proprietà dello spazio e del sottosuolo, ma logicamente bisognerà sempre che un limite si riconosca. E le stesse parole della legge autorizzano ad ammettere l' esistenza d' un limite: essa nell' art. 447 parla di prodotti *possibili* del sottosuolo che spettano al proprietario: dunque un limite vi ha, perchè la potenza umana è essenzialmente limitata, per grande che possa essere.

Nè ha alcun valore l' argomento meramente topografico che taluno à voluto addurre per negare che l'art. 440 si possa interpretare coll'art. 447. Il trovarsi l' art. 440 in un posto diverso dall' art. 447, a differenza del Codice Napoleone in cui l'unico art. 552 comprende le disposizioni di que' due, può denotare soltanto la cura che ebbe il legislatore italiano di sceverare ciò ch'era principio da ciò ch'era conseguenza, ciò ch'è naturale contenuto della proprietà fondiaria da ciò che n' è svolgimento e attuazione (diritto d' accessione); non già che l'art. 447 non sia la conseguenza e l' applicazione dell' art. 440 (8). Non può quindi, a voler considerare le cose senza preconcetti, ritenersi accolto dal Codice il principio degl' interpreti che reputarono illimitato e indefinito l' obbietto della proprietà. Certo sarebbe stato desiderabile che la legge più chiaramente avesse accennato al concetto del limite: ma d' altra parte va considerato che discorrere di un limite in generale non si poteva, senza cadere nell' astrattezza, e nel vizio di enunciare principj meramente teorici (mentre la legge deve *imperare* e *non docere*): e determinare tali limiti sarebbe stata cosa troppo ardua non solo, ma anche non corrispondente ai bisogni della vita economica e industriale sempre crescenti, e ogni dì maggiormente estendentisi. « Conciossiachè (come giustamente notò la Cassazione di Napoli) la legge civile, intesa a regolare i rapporti civili, spiega la sua azione fin dove giunge l' attività umana, dal cui attrito derivano cotesti rapporti; ed appunto perchè era impossibile assegnare a priori un limite alla detta attività, la quale si moltiplica e progredisce alla giornata, ebbe ad indurre per sa-

(8) **Pallotta,** op. cit.

pienza legislativa che il fissarne alcuno qualunque fosse opera arbitraria e fallace (9) ».

Ma il più curioso si è che i fautori della proprietà illimitata sul sottosuolo, vinti dall'evidenza degli argomenti contrarj e pur non volendo cedervi, non temono di cadere in contraddizione, ammettendo un limite solo per la proprietà dello spazio, e non già pel sottosuolo. Così, per es., il **Borsari** col solito stile enfatico scrive: « Se negli strati superiori troviamo un termine necessario alle nostre velleità d'innalzamento, anche senza esser frenati colla confusione delle lingue, le proprietà inferiori sono più praticabili, non già che *facilis descensus ad inferos*, ma agli sforzi perseveranti dell'uomo sostenuti dalla potenza dell'arte non sempre la terra nega d'aprire il suo grembo colmo d'incognite ricchezze » (10). Ma evidentemente se v'ha delle leggi fisiche, quelle della statica, che si oppongono a un babelico innalzamento dell'edifizio, v'ha non meno altre leggi fisiche e meccaniche che s' oppongono a raggiungere il centro della terra: gli sforzi perseveranti dell'uomo sostenuti dalla potenza dell'arte sono essenzialmente limitati come l'arte istessa, la quale non ha ancora scoperto, nè potrà, come la Sibilla Cumana, quel ramoscello d'oro, coll'ajuto del quale Enea potè profondarsi negli abissi della terra.

Nè sussiste quella triplice impossibilità che si è invocata contro la distinzione della proprietà del sottosuolo da quella del suolo, distinzione che seguirebbe ammesso il limite: impossibilità cioè per natura, per diritto e per necessità legislativa. Per natura: perchè dividere il sottosuolo dal suolo è un'impresa chimerica; non si potrebbe accedere al sottosuolo se non dalla superficie. Per diritto: perchè in diritto razionale, come nè la qualità nè la quantità della materia, così neanche la profondità a cui si rinviene, può modificare il concetto ampio del diritto di proprietà. Per necessità legislativa: perchè è impossibile al legislatore determinare una linea di separazione tra le due proprietà, e perchè se fosse pure possibile razionalmente, il criterio legislativo non potrebbe mai essere di pratica e sicura applicazione (11). Ma la triplice impossibilità non è che fantastica, e non esiste in realtà. Non l'ultima, perchè se anche

(9) Sentenza 7 Luglio 1885 (*Fazzari e Ministero dei Lavori Pubblici*) in appendice all'opera dell'**Abignente.**

(10) **Borsari,** Com. Cod. civ. vol. 2° art. 440.

(11) **Pallotta,** op. cit.

non è possibile stabilire nella legge positiva un limite fisso e non certo, da ciò non segue che quel limite naturalmente non vi sia, e si possa con criterj scientifici determinare. Non la seconda: perchè, come abbiam già detto, l'ampiezza del diritto di proprietà non importa la illimitatezza dell'obbietto. Nè finalmente la prima: poichè se è vero, e niuno poteva negarlo, che non si può penetrare nel sottosuolo se non dalla superficie, cioè dall'esterno, è pur vero che la superficie da cui può penetrarsi, può non esser quella al di cui proprietario si vuole attribuire il diritto sul suolo sottostante in linea retta all'infinito: se è necessario aver comecchessia un diritto in una determinata parte del suolo per poter godere del sottosuolo, logicamente consegue che la proprietà della parte superficiale è necessaria come mezzo per godere della parte nascosta nelle profondità, non già che il diritto a questa indefinita profondità sia un effetto inevitabile della proprietà superficiale. Se taluno ha la proprietà di un fondo posto su un luogo tagliato a picco, non potrò io alle basi di questo monte scosceso aprirmi dentro una caverna, senza penetrare per il terreno di colui al quale si pretende che spetti anche il sottosuolo che io ho scavato, e dove forse egli non poteva giungere scavando dalla sua superficie?

§. 5. *Determinazione de' limiti.*

Or se i limiti non sono esclusi dal nostro Codice, quali saranno essi? Fin dove si estenderà la proprietà dello spazio aereo e quella del sottosuolo?

Alcuni han voluto trovare il limite nell'attività umana e han detto che la proprietà si estende al di sopra e al di sotto del suolo, fin dove può giungere l'azione dell'uomo (1), o fin dove è possibile l'esercizio della volontà (2). Ma sebbene l'attività dell'uomo sia per sè stessa limitata, pure fornisce un criterio così elastico e indefinito da essere stato invocato perfino dagli avversarj della teorica del limite. Quale attività è da prendersi per misura: quella che a' nostri tempi si può spiegare, o anche quella che in un tempo più o meno futuro, e che ignorasi a qual punto, imprevidibile ora,

(1) **Dernburg,** *Lehrbuch des Preuss P. R.*, §. 215 (soweit die Möglichkeit menschlicher Herrschaft reicht) e **Bellavite,** *Note critiche al Codice civile*, pag. 159.

(2) **De Cupis,** *Dell'occupazione*, pag. 25.

può giungere? Perciò un tale concetto è stato poco seguito, e vi è bisogno di cercarne uno più adatto allo scopo.

Il **Werenberg**, partendo da considerazioni esclusivamente economiche, così ragionò: « La proprietà della terra in tanto è concepibile, in quanto per la sua produttività vi è stato un certo impiego di capitale e di lavoro. Poichè è il capitale che, come prodotto dell'attività umana risparmiato e destinato a nuova produzione, appartiene all'uomo, non già il suolo che non è prodotto dall'uomo e i cui prodotti son dovuti in gran parte non all'opera dell'uomo, ma alla forza naturale. Ora da ciò segue che non si può vantare alcun diritto sullo spazio aereo e sul sottosuolo, quando non v'è stata appropriazione mediante l'impiego di capitale e di lavoro. Si può quindi impedire nella colonna d'aria e nel sottosuolo sole quelle opere del terzo che impedirebbero il godimento del fondo reso produttivo mediante l'impiego del capitale e del lavoro proprio. Il diritto del proprietario non va oltre la possibilità di questo libero godimento. Così non v'ha questione che il proprietario, che ha fabbricato una casa sul suo fondo, si è appropriato con ciò col suo capitale e col suo lavoro di quella parte dello spazio in cui è la casa; non v'ha quistione che siasi appropriato del sottosuolo in cui sono le radici degli alberi e delle piante » (pag. 15 e 16). E l'A. riassumeva la sua teoria nella seguente proposizione: « Si considera come occupata dal proprietario del fondo quella parte di colonna d'aria e di sottosuolo ch'è necessaria per l'*ordinaria e regolare* destinazione del fondo » (Für jedes Grundstück gilt der Theil der Luftsäule über und des Bodens unter demselben als vom Grundeigenthümer occupirt, welcher für die ordentliche, regelmässige Benutzung des Grundstückes erforderlich ist, pag. 25).

Questa stessa teorica fu seguita, benchè forse inconsapevolmente, dalla Corte d'Appello di Catanzaro (4 Agosto 1884) la quale osservò che la proprietà del sottosuolo devesi estendere fino al punto in cui esso è necessario, secondo la sua destinazione attuale: e, tra gli scrittori, dal **Perro** (3). Il quale partendo dagli stessi principj economici così scrive: « Abbiamo già osservato che il valore della proprietà immobiliare si commisura al reddito: ora tutto quanto direttamente o indirettamente contribuisce, secondo le

(3) *La proprietà del sottosuolo* (Estratto dal *Monitore de' Tribunali*, anno 1885).

varie destinazioni ordinarie del fondo, alla formazione del reddito, acquista quel carattere d'intangibilità a cui si riferisce il Codice. Nulla in queste cose v'ha d'assoluto: secondo le regioni, secondo le destinazioni cui è chiamata la proprietà fondiaria, varia il suolo, il movimento del suolo, l'escavazione del sottosuolo. Così mentre in taluni luoghi per de' pozzi artesiani e simili opere si chiama una parte notevole del sottosuolo a partecipare alle funzioni produttive del suolo: altrove invece la crosta lavorata e smossa appena, supera appena pochi decimetri ».

Or questa teorica, prescindendo da ciò, che i principj economici su cui si fonda sono abbastanza incerti e controversi, sopra tutto mal s'accorda colle disposizioni della legge positiva. Il concetto della destinazione ordinaria del fondo non s'accorda a quello di *possibilità* di godimento che dal fondo si può ritrarre, concetto a cui il codice si riferisce, anzi gli è contrario. È evidentemente uno sconoscere la legge che estende il diritto del proprietario a *possibili* prodotti, ritenere che non vi sia diritto se non a quelle utilità che la ordinaria destinazione del fondo può dare. La conseguenza sarebbe che un fondo destinato alla coltura concederebbe al proprietario un diritto al sottosuolo e al di sopra, minore che un terreno edificatorio: quindi se il proprietario del primo volesse cangiarne la destinazione, non potrebbe, ove un estraneo avesse col solo fatto dell'occupazione acquistati de' diritti sulla colonna d'aria e nel sottosuolo, che verrebbero lesi dal mutamento della destinazione del fondo. Così, ancora il proprietario, mettiamo, d'un orto, d'un giardino non potrebbe impedire che il proprietario confinante fabbricasse una casa che avesse degli sporti, de' balconi sul suo fondo a tale altezza che lo sviluppo degli alberi e delle piante non fosse nociuto, ma fosse invece reso impossibile l'edificare su' confini del fondo stesso. Così egli non potrà impedire che altri senza tagliare la vena d'acqua che serve all'irrigazione del fondo, scavi nel sottosuolo una grotta, la quale però non permetterà al proprietario del suolo di scavarvi un pozzo artesiano, di edificarvi, se n'abbia voglia, una casa con sotterraneo. E continuando a tirar giù le conseguenze dalle premesse, si dovrebbe sostenere che ha un diritto più ristretto il proprietario d'un terreno a ortaggi, in cui le piante han radici così poco profonde da bastare quel primo strato di terreno, che propriamente si denomina suolo, ed hanno così poco sviluppo, che quello d'un vigneto o d'un uliveto: più ristretto il diritto se gli alberi sian di piccolo che se siano di alto fusto, e così via. Nè siamo

noi, che per mostrare il lato debole della teorica, ci dilettiamo a trarne conseguenze, che, si potrebbe dire, quegli scrittori non ebbero in mente. Il W. stesso ha detto che il proprietario di un medesimo terreno può avere ora un più ampio, ora un più ristretto diritto sullo spazio e sul sottosuolo: chi prima l'avea ampio, può dopo averlo ristretto e viceversa: onde l'aria passa di volta in volta dallo stato di res communis a quello di cosa privata e viceversa. (« Es ergiebt sich hieraus die Möglichkeit, dass Theile des Luftraums, die bereits occupirt waren, wieder *res communes* werden (p. 30) »). In tal modo il diritto al sottosuolo e allo spazio mi par diventato un elastico che s'allarga e restringe a piacimento.

Un criterio così variabile e contingente mal risponde all'esigenze pratiche. Il proprietario del suolo vuol trarne tutte le utilità possibili; questa sua pretesa è legittima e rientra perfettamente nel contenuto del suo diritto di proprietà. Se oggi sfrutta il fondo in una maniera, vorrà poi sfruttarlo in altra: dunque è necessario che questa possibilità di godimento non gli sia in nessun modo impedita. Non è necessaria la previsione ch'egli metterà in esecuzione i suoi possibili disegni, ma basta che essi abbiano un fondamento nella natura del fondo. Ciò che dev'essere attuale non è già il godimento; ma invece la possibilità del godimento.

Il limite perciò dobbiamo cercarlo nel fondamento stesso della estensione della proprietà al sottosuolo e allo spazio aereo. Fondamento non è, come abbiam detto, una speciale occupazione di ciò ch'è sopra e sotto del suolo, ma invece la necessità stessa di trarre dal suolo tutte quelle utilità che è capace di dare. Fin dove questa necessità sussiste, sussiste il diritto che ne nasce: dove questa necessità cessa, manca anche il diritto. Siamo pervenuti così alla teorica dell'**Ihering**. Il limite, dice questo scrittore, è l'*interesse pratico* (*praktische Bedürfniss*, *praktische Interesse*, pag. 90) (4).

(4) Ad onor del vero bisogna dire che prima dell'**Ihering**, il **Proudhon** (*Du domaine de propriété*, vol. 2°, n. 689), preluse alla teorica dell'interesse: « Suivant les régles du droit commun, le domaine qui s'applique à la superficie, n'est pas borné seulement au matériel de fonds, il s'etend ou plutôt il s'elève plus haut et comprend aussi la maîtrise de l'espace aérien qui est au dessus, et dont il est partie fondamentale . . . Cependant le droit de propriété ne doit s'appliquer qu'à l'espace aérien *qui peut importer quelque* **utilité réelle** *pour le fonds de surface:* car en étendant cet éspace à una hauteur infinie, où jusqu'aux astres, il est bien certain que dans cette partie supérieure, il n'est la propriété d'aucune créature humaine ».

Questa formula, che a me pare giusta, ha bisogno soltanto di più ampia spiegazione.

La si è voluto notare d'inesattezza, come quella che non offre un criterio d'applicazione abbastanza sicuro e determinato (5). Si è detto che il principio dell'interesse vale anche a giustificare la formula iperbolica « usque ad inferos, usque ad sidera ». E le si è sostituito un'altra formula, certo più completa, ma che non è se non lo sviluppo di quella, cioè: « che la proprietà dello spazio e del sottosuolo si estende fin dove è richiesto dall'interesse del proprietario, in rapporto all'uso ch'è possibile fare del fondo di cui tratta nelle condizioni attuali dell'arte e dell'industria umana » (6). In altre parole e più brevemente, il limite della proprietà sul sottosuolo e sullo spazio superiore è l'*interesse attualmente possibile*. Ora quest'appunto e non altro a me pare sia stato il pensiero dell'**Ihering**: l'aggettivo *pratico* comprende in se sì l'idea di possibilità che quella di possibilità attuale. Non è *pratico* ciò che non è possibile, ma è meramente chimerico e immaginario: e un interesse chimerico e immaginario, se pur può chiamarsi interesse, non può chiamarsi interesse pratico, non può meritare la protezione del diritto. E nemmeno è *pratico* ciò che attualmente non è possibile: poichè ciò che astrattamente sarebbe possibile, ma date le condizioni attuali de' mezzi umani non può tradursi in realtà di fatto, si dice per ciò stesso impossibile, se non assolutamente, relativamente, e non potrebbe mai onorarsi del predicato di *pratico* che, anche etimologicamente, significa alcun che di *fattibile*. E che tale sia stato il pensiero dell'**Ihering** si rileva dal fondamento ch'egli diede all'estensione della proprietà, cioè la necessità pratica (praktische Nothwendigkeit) di non potersi altrimenti godere del suolo, e da ciò che egli dice, spiegando in che consista il pratico interesse. — « Il pratico interesse del proprietario alla parte della colonna d'aria consiste in ciò che non gli sia tolta l'aria, la luce, la pioggia, che non gli sia impedito di edificare tanto alto quanto vuole, che non gli sia resa impossibile la dimora nel fondo col riempire l'aria di cattivi odori, di fumo e di polvere. Al di là di questi limiti il diritto non ha ragione alcuna di riconoscere una pretesa nello spazio aereo: ciò si chiamerebbe soltanto mettere le armi della legge in

(5) **Dernburg**, *Pandekten*, I, §. 41, n. 4.

(6) **Pampaloni**, *Condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo* (*Archiv. Giur.* vol. XLVIII, 1892).

mano al cavillo e alla litigiosità, e stabilire un piede di guerra tra i vicini ». — E in applicazione di tale teoria fa il caso che sul pendio d'una rupe tagliata a picco il proprietario del luogo fabbrichi un parapetto sporgente nello spazio aereo 1000 piedi al di sopra del fondo sottoposto: il proprietario di questo non potrà impedirlo. E relativamente al sottosuolo, prosegue a considerare che nella stessa condizione di luoghi, il proprietario alle falde del monte voglia scavarvi una grotta; non potrà opporre alcun divieto il proprietario che ha la casa mille piedi al di sopra, perchè non vi può vantare alcun interesse pratico. Anche in riguardo al sottosuolo l'estensione della proprietà deve trovare un limite nel pratico interesse: onde consegue che il proprietario del suolo deve lasciare che altri tragga dal sottosuolo quell'utilità che a lui non sarebbe possibile (p. 92).

Cotale teorica oltre che essere soddisfacente per le pratiche esigenze, è ancora la sola che s'accorda colle disposizioni positive del Codice. Questo parla del diritto del proprietario a' *possibili* prodotti: ora questa possibilità non può non essere attualmente esistente; giacchè una possibilità che non sia attuale, giuridicamente, in nulla differisce dall'impossibilità. L'*interesse attualmente possibile* è così, anche sotto l'impero del Codice nostro, il limite vero della proprietà sul sottosuolo e sullo spazio aereo. — E perciò l'esposta teoria è stata accolta favorevolmente dal **Laurent** (7) in Francia; dal **Gianturco** (8), dal **Ricci** (9) e da altri in Italia (10).

Il **Gianturco** così scrive: « il proprietario del suolo è del pari proprietario dell'aria sovrastante e del sottosuolo, fin dove è *possibile* esercitare *utilmente* la propria attività ». In questa formola si vedono chiaramente distinti i requisiti dell'interesse e della possibilità attuale di questo interesse. E tale concetto pare abbia avuto anche il **Ricci**, benchè le sue parole non siano del massimo rigore scientifico e lascino talvolta a dubitare, ch'egli non abbia seguito l'altra teorica della destinazione attuale. Pure le seguenti parole sono abbastanza chiare: « Data pertanto la proprietà del suolo, in tanto si

(7) *Principes*, vol. 6°, p. 323, n. 245.

(8) *Istituz. (Sistema)*, §. 46.

(9) *Dir. civ.* vol. 2°, n. 61 bis.

(10) **Varcasia,** *Del sottosuolo* (Nel *Mon. de' Trib.* 1888) che del resto adopera espressioni troppo vaghe e indeterminate. La stessa breve monografia è punto significante. — Tra i Romanisti poi è stata accolta dall'**Hesse** (*Jarbücher* di Ihering., vol. 6°), dal **De Crescenzio,** *Lez. di Dir. Rom.* (cit. dall'**Abignente**).

concepisce la proprietà di quanto sta al di sopra o al di sotto di essa, in quanto l'aria e la luce che sono al di sopra e gli strati inferiori del fondo servono all'uso cui abbiamo destinato la cosa.... Ma se giungiamo a una profondità tale del sottosuolo che non eserciti alcuna influenza sull'uso che il proprietario *fa o può fare* del suolo, giungiamo pur a un punto in cui è necessario che il diritto di proprietà si arresti, mancando lo scopo e la ragion di essere del diritto stesso ».

E solo con questa teoria si può giustificare la sentenza della Cassazione di Napoli, 7 Luglio 1885 (11) che decise spettasse l'indennità al proprietario d'un immobile nel cui sottosuolo venne scavata una galleria la quale era a tale distanza dalla superficie che il filone granitico, che vi venne scoperto, poteva essere scavato dal di sopra. Quella sentenza ha il torto soltanto di essersi fondata sul motivo che la proprietà del sottosuolo non ha limite alcuno: onde venne fatta segno ad acerbe censure.

Il magistrato perciò nelle controversie che frequenti gli si presentano, specialmente in caso d'espropriazione per pubblica utilità, dovrà esaminare non solo se interesse vi sia, ma anche se il vantaggio, di cui il proprietario si pretende privato per l'escavazione del sottosuolo, possa considerarsi come possibile ad ottenere, date tutte le condizioni che attualmente offre l'arte umana. Che se questa possibilità di godimento è insussistente, egli dovrà respingere l'azione. Così se si trovasse modo di dare al pallone aereostatico una sicura direzione in guisa da poter fare le veci della vaporiera, lo Stato che volesse esercitare il monopolio del trasporto aereo, oppure una società privata, non dovrebbero punto espropriare gli spazj aerei che il pallone attraverserebbe, e i proprietarj non avrebbero diritto ad indennità di sorte; perchè l'occupazione dello spazio a quell'uso avverrebbe in una sfera superiore a quella necessaria ai privati per l'esercizio della loro proprietà. Così ancora se nell'abitato si costruisse una ferrovia aerea, in modo da permettere a'proprietarj delle case sottostanti di poterle elevare fino al punto che le leggi della statica permettono, questi non avrebbero diritto a indennità. Come infatti per la costruzione delle gigantesche gallerie attraverso il S. Gottardo, il Moncenisio, niuno de' proprietarj de' fondi superiori ad esse ha giammai reclamato indennità, e se qualche

(11) Citata avanti.

amico di litigj vi fosse stato, non avrebbe trovato magistrato disposto ad accogliere così strana pretesa.

Vale così per il diritto privato lo stesso principio che in circostanze analoghe vale per il diritto pubblico. Il mare, per sua natura, secondo la generalità degli scrittori, *jure gentium*, secondo altri (12), non può essere nel dominio esclusivo di uno Stato: esso è *res communis*. Pure, come si è preteso che il privato avesse l'assoluta proprietà della colonna d'aria fino al cielo, e del sottosuolo fino all'inferno, così non son mancati degli Stati i quali siansi arrogati l'impero esclusivo de' mari, nè de' giuristi che abbiano cercato di giustificare così enorme pretensione. Ma la civiltà progredita e le cresciute mutue relazioni han fatto comprendere l'assurdità di tale pretesa: pur nondimeno, per necessità di cose, cioè per garenzia del diritto di autonomia e di conservazione di ciascuno Stato, si è riconosciuto il potere esclusivo di ogni Stato su un determinato tratto di mare che costeggia il territorio: è il cosidetto mare territoriale. E qual'è il limite di questo? Il limite è dato dal fondamento stesso di quel diritto: fin dove si rende possibile la difesa del territorio « *quousque tormenta bellica exploduntur* ». Uno Stato potrebbe accampare anche l'interesse ad avere la piena potestà su tutto l'Oceano, poichè diverrebbe così padrone del mondo: ma un tale interesse non è pratico; non è possibile cioè, dati i mezzi di difesa attualmente esistenti, tradurre in atto quel volere (13). Per quella stessa ragione dunque e in quella stessa guisa che v'è un mare territoriale, v'ha uno spazio aereo e un sottosuolo per così dire territoriali, appartenenti cioè al proprietario del suolo. Al di là lo spazio è *res communis*, e il sottosuolo *res nullius* e quindi quest'ultimo si potrà acquistare per occupazione. Poichè l'occupazione non è vero, come si è detto, che sia secondo il nostro Codice un modo d'acquistare le cose mobili soltanto; se la legge parla soltanto di mobili, ciò è perchè *id plerumque accidit:* d'altra parte se v'hanno *res nullius* che siano immobili, e queste non possono con fondamento attribuirsi allo Stato, non essendovi nel Codice nostro il disposto dell'art. 713 Cod. Nap., è necessario riconoscere l'occupazione come modo generale d'acquisto (14).

(12) **Pampaloni,** *Della cond. giur. delle rive de' mari.*

(13) Cf. **Fiore,** *Dir. internaz. pub.* vol. 2° lib. II cap. I.

(14) Nega l'occupazione degl'immobili **Vescia** (*Archivio giuridico* volume XXXVII, p. 205). L'ammettono invece **Lampertico,** *Della proprietà de' ghiacciai*; **Porro,** *Proprietà del sottosuolo*, p. 11-15; **Giorgi,** *Persone giuridiche,*

Abbiamo così trovato il limite della proprietà sul sottosuolo e sullo spazio aereo, limite ad essa connaturale, perchè derivato da un principio intrinseco al concetto stesso della proprietà fondiaria, che come ogni diritto, non può estendersi al di là dell'interesse; e non già da principj estrinseci come quello di limitazione posta dalla legge positiva. Poichè sì i temperamenti derivanti dal principio sociale che le restrizioni legali della proprietà, suppongono già che questa sia naturalmente delimitata e definita.

Non bisogna perciò confondere il divieto degli atti emulativi col limite della proprietà dello spazio e del sottosuolo: il divieto degli atti emulativi suppone già stabilita la sfera della proprietà; suppone che gli atti in sè stessi siano leciti, ma che diventino illeciti, atteso lo spirito di emulazione che l'informa, e la mancanza d'un giusto interesse. Se quindi lascio volare i miei colombi sullo spazio aereo del mio vicino, questi non avrà diritto a reclamare indennità, non già perchè lo spazio attraversato da' colombi, che han potuto volare molto basso, non sia nella sfera della sua proprietà, ma perchè essi nessun danno v' hanno arrecato. Non manca

vol. 2°, n. 47 a 52. Non convengo però col **Porro** nel ritenere che la questione dell'occupazione sia pregiudiziale a quella intorno alla proprietà del sottosuolo: a me pare il contrario; se il sottosuolo sia *res nullius* allora potrà dedursi la possibilità dell' occupazione, la quale presuppone appunto che vi siano cose che non appartengono ad alcuni. E sotto il concetto di *occupazione degli immobili* parmi che vada rettamente riportato quel modo speciale d'acquisto, cosiddetto *per avulsionem*, di cui l'art. 456 Cod. civ., che con grande inesattezza è considerato dalla legge come una specie d'accessione (Cf. **Landucci,** *L'avulsio* etc. nell'*Archivio giurid.* vol. 31). Poichè d' accessione non può parlarsi, verificandosi questa *ipso jure*, mentre ivi si richiede una speciale presa di possesso, non d' usucapione, perchè non è richiesto che il possesso duri per alcun tempo: il termine d' un anno è posto per la prescrizione estintiva dell'azione di rivendica competente al proprietario del terreno avulso, termine che decorre non dalla presa di possesso ma dal tempo in cui il fatto materiale dell' *avulsio* si verificò; onde se la presa di possesso sia avvenuta anche l' ultimo giorno dell' anno, prima che sia intentata l' az. di revindica, questa non è più possibile e il diritto di proprietà è acquistato.

È poi poco men che ridicolo ciò che afferma il **Pallotta** (op. cit.) che cioè ammettendo una distinta proprietà del sottosuolo si viene a conseguenza assurda. « La conseguenza si ridurrà a questo dilemma: o si costituirà una categoria infinita di beni *res nullius* appropriabili coll' occupazione, invero si ripristinerà il diritto eminente dello Stato: o l' anarchia (!) o la feudalità, in amendue le ipotesi la società sarà ricacciata di parecchi secoli ».

in questo caso il diritto di proprietà, manca la lesione: v' ha ciò che i filosofi del diritto chiamarono *uso innocuo dell' altrui proprietà* (15). Errava quindi il **Weremberg** che da quell' esempio argomentava la mancanza del diritto di proprietà.

Nè bisogna far confusione colle limitazioni legali della proprietà. Osservava giustamente il **Proudhon** (16): « Il faut encore observer que quoique l' espace aérien qui est au dessus du sol d' un particulier appartienne au propriétaire du fonds jusqu' à une hauteur indefinie, néanmoins le lois ou réglements de police peuvent avec justice lui interdire la faculté de y faire des constructions d' une elevation telle que le jeu de la lumière, la circulation de l' air, la propreté, l' état sanitaire des lieux, et la sûreté des passants, puissent en recevoir quelque atteinte, parce que l' intérêt général doit toujours prévaloir sur les velléités et même sur l' intérêt des particuliers ». Se quindi un regolamento di polizia urbana, che vietava l'innalzamento di un edifizio al di là del secondo piano, viene abrogato, il proprietario potrà innalzare la sua casa al terzo e al quarto piano in forza del suo diritto di proprietà ch' è stato francato da quella restrizione. Così ancora il diritto di condurre de' fili telegrafici o telefonici, anche senza appoggio sulle case o i fondi de' privati, quando siano posti a un' altezza ordinaria, costituisce una limitazione legale della proprietà, e tale è stato considerato dalla nuova legge su' telefoni, la quale perciò riconosce a' privati proprietarj il diritto di far tôrre i fili telefonici e metterli in luogo più elevato, quando ostacolino l' uso che vogliono fare della loro proprietà (art. 5 e seg. Legge 7 apr. 1892, n. 184). Come al contrario non si potrebbe parlare di limitazione legale, se i fili passassero a tale altezza che non potesse raggiungersi dal proprietario del suolo.

Nè finalmente bisogna confondere la teoria del limite del sottosuolo con la questione della proprietà mineraria. Le due quistioni sono affatto indipendenti e non ha giovato alla loro soluzione l' averle così spesso confuse. La miniera può trovarsi dentro o fuori de' limiti del sottosuolo spettante al proprietario del suolo: non può quindi il criterio della proprietà del sottosuolo applicarsi alle miniere: nè viceversa il criterio per la proprietà della miniera a quella del sot-

(15) **Grozio,** *De jure belli*, l. II, cap. XI, §. 11 e 13. **Rosmini,** *Filosofia del Diritto*, vol. 1°. n. 498-507.

(16) *Du domaine de propriété*, vol. 2°, n. 690.

tosuolo in genere. Da questa confusione è seguito, che partendosi dal concetto che il proprietario del suolo è proprietario del sottosuolo fino ad incognita profondità, si è voluto attribuire in ogni caso la miniera al proprietario del suolo: e d'altra parte ritenendo limitato il diritto del sottosuolo, si è negato sempre al proprietario del suolo il diritto alle miniere. Ma il vero è che la questione sulla proprietà delle miniere va decisa partendo da un altro ordine di idee, da ragioni sociali ed economiche, le quali possono far attribuire la miniera all'inventore, quand'anche si trovi in quello spazio di sottosuolo, ch'è di proprietà altrui. Come al contrario, per diversa ragione, v'è stato chi (17) pur essendo fautore de' limiti della proprietà del sottosuolo, non ha dubitato di attribuir sempre la miniera al proprietario del suolo. Il nostro Codice stesso nell'art. 447 esplicitamente riconosce che le disposizioni sulle miniere sono un'eccezione alla regola dell'estensione della proprietà al sottosuolo. Non è dunque lecito confondere la regola coll'eccezione. Noi perciò non ci occuperemo della questione sulla proprietà mineraria (18) che esce fuori de' confini segnati al nostro studio; essendoci bastato notare che la confusione debba evitarsi.

§. 5. *Il principio dell' accessione.*

Dall'estensione della proprietà del suolo al sottosuolo e allo spazio aereo deriva come conseguenza il diritto d'accessione per cui il proprietario del suolo è proprietario di qualsiasi costruzione, piantagione od opera, da chiunque fatta al di sopra o al di sotto del suolo (art. 448). Se il diritto di accessione non fosse ammesso, si verrebbe praticamente a negare l'estensione della proprietà al sottosuolo e allo spazio superiore. Se chi ha impiegato il suo capitale e il suo lavoro in costruire un edifizio, fare una piantagione, potesse vantare un diritto di godimento sullo spazio aereo e sul sottosuolo occupato, il diritto del proprietario, che, come abbiamo detto, non deriva già da una speciale occupazione, ma dal fatto stesso della proprietà del suolo, verrebbe annullato. Se dunque è necessario riconoscere al proprietario un diritto sul di sotto e il di sopra del suolo, è forza riguardarlo proprietario di ciò che si trova in quel deter-

(17) **Mantellini,** *Lo Stato e il Cod. civ.*, 2°, p. 204.

(18) Cf. **Lampertico,** *Studi sulla legislazione mineraria* (negli *Atti dell' Ist. Veneto*, tomo XV, e XVI, serie 3ª).

minato spazio e in quella determinata parte del sottosuolo, quand'anche derivi non da virtù naturale ma da opera dell'uomo. Non può perciò parlarsi di diritto d'accessione, se l'opera nel sottosuolo sia a tale profondità che superi que' limiti fino a' quali si estende il diritto del proprietario del suolo. Nè gli si potrà attribuire in tutto o in parte il tesoro che si trovasse a quella stessa profondità: perchè anche qui il diritto d'accessione non si potrebbe invocare, e l'art. 714 Cod. civ. dicendo che « il tesoro appartiene al proprietario del fondo in cui si trova » viene a giustificare la nostra decisione. Poichè trovandosi a una profondità che non può considerarsi come parte del fondo, non spetterà punto al proprietario, ma cadrà in pieno potere dell'inventore (1).

In tali confini soltanto è possibile il diritto d'accessione e può considerarsi come modo naturale d'acquisto, o meglio come un naturale svolgimento della proprietà che già si aveva. Fu il **Gesterding** (2) il primo che mosse il dubbio se il diritto d'accessione fosse davvero un modo d'acquisto naturale, come da' filosofi del diritto fu ritenuto. Ma inteso il diritto d'accessione come una necessaria conseguenza dell'estensione del diritto di proprietà, può benissimo appellarsi *naturale*, conforme cioè alla natura del diritto di proprietà fondiaria. Giustamente lo **Zaun** (3) notava gl'inconvenienti che verrebbero dallo sconoscere il principio dell'accessione, accordando a priori la proprietà dell'edifizio o della piantagione a chi avesse semplicemente edificato o piantato. Poichè se il sistema della proprietà unita reca l'inconveniente di far perdere al proprietario del materiale la sua proprietà per sempre o fino alla rovina dell'edifizio, obbligando a contentarsi del prezzo, pure siffatta legge è tollerabile come quella che non annulla il diritto nella sua materiale consistenza, ma pone soltanto in luogo del formale rapporto esistito fin'allora un altro nuovo; in luogo del diritto di proprietà il diritto di credito al prezzo. Il sistema invece della proprietà divisa annullerebbe lo stesso diritto di proprietà: perchè se l'edifizio deve restare attaccato al suolo, il proprietario di questo ne è impedito nel libero godimento, mentre il proprietario dell'edifizio verrebbe a godere del suolo: la proprietà del suolo diverrebbe così un *nudum jus*. Gravi

(1) V. in questo senso anche il **Pampaloni,** *Cond. giuridica del sottosuolo* ecc.

(2) **Lehre vom Eigenthum,** p, 190.

(3) Ueber das Prinzip des einheitlichen Eigenthums ecc. (V. Bibliografia).

inconvenienti inoltre ne deriverebbero al credito, se la permanenza dell' edifizio sul fondo altrui derivasse da una mera circostanza di fatto, e il proprietario del suolo che possedesse in buona fede anche l' edifizio, vendesse o ipotecasse l' uno o l' altro. Potrebbe seguire che dopo la vendita o l' ipoteca il terzo sottraesse l' edifizio al compratore o al creditore ipotecario, i quali non avrebbero nessun risarcimento dall' insolvente venditore o debitore. Così ancora sarebbero frustrati i diritti del compratore o creditore, se comprasse o avesse ipoteca dal solo proprietario dell' edifizio, perchè il proprietario del suolo potrebbe costringere alla demolizione.

Ma se l' estensione della proprietà al sottosuolo e allo spazio aereo, e il conseguente diritto di accessione sono connaturali al diritto di proprietà fondiaria, sono ancora *essenziali*? In altri termini, può darsi una proprietà che sia limitata al suolo senza estendersi al di sopra, o al disotto? Può ammettersi un' eccezione al diritto d' accessione, di modo che il proprietario del suolo non sia anche dello spazio, o del sottosuolo che normalmente gli spetterebbe, e quindi nemmeno delle cose che vi si possono trovare?

I Romani, a dir vero, concepirono tale estensione della proprietà non solo come naturale ma come *essenziale* all' idea della proprietà fondiaria; onde credettero impossibile un esclusivo godimento dello spazio aereo separatamente dalla proprietà del suolo e dichiararono nulle le convenzioni che tendessero a questo scopo.

« Sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit quominus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret » (l. 44 §. 1 D. de O. et A. XLIV, 7). E gl' interpreti di quel Diritto che lo consideravano come immutabile e intangibile, enfaticamente scrissero: « natura ipsa superficies cohaeret solo, *neque fieri potest ulla arte, ullove ingenio, aut juris invento*, quin tradito solo non videatur superficies quoque tradita » (4).

Ma al tempo stesso de' Romani, siffatto rigore di principj urtando contro i bisogni della vita, dovette se non venir meno del tutto, notevolmente modificarsi. E invero si dànno tali esigenze nella vita pratica da render necessario che altri abbia il godimento dello spazio aereo, o anche del sottosuolo, senza avere la proprietà del suolo. E codesta esigenza si manifesta specialmente a riguardo dell' industria

(4) *Ioan.* **Garsiae Gallaeci** *Hispani. De expensis et meliorationibus*, cap. 14, n. 25 (ne' *Tractatus tractatuum*, vol. 17, fol. 311).

edilizia. L' intraprenditore di costruzioni vuole col minimo impiego di capitali fare degli edifizii; non gli conviene di acquistare il suolo, ma vuole soltanto ottenere la libera disposizione dello spazio al di sopra di esso, e nel tempo stesso non vuole che gli edifizii da lui costruiti cadano in proprietà del padrone del suolo; altrimenti il lucro che s' impromette sarebbe frustrato. Come può il Diritto tutelare cosiffatto bisogno? Considerare quella facoltà di godimento come una servitù personale, è cosa che non soddisfa le pratiche esigenze, volendo il construttore che il suo diritto abbia durata più lunga della sua vita, e le servitù personali sono essenzialmente limitate alla vita del concessionario. Considerarlo come servitù prediale non si poteva nemmeno, perchè vi si oppone il concetto d' un peso posto su un fondo a vantaggio d' altro fondo: quindi la necessità d' uno speciale istituto giuridico che protegga questo speciale bisogno (5).

Il Diritto Romano vi provvide coll' introduzione del *diritto di superficie:* quale fu la sua natura, e come vi abbiano disposto la legge nostra e le altre contemporanee, ciò formerà oggetto de' seguenti capitoli; dichiarando una volta per sempre che quello che diremo pel godimento separato del soprassuolo, varrà anche per il sottosuolo; poichè vi sono per tutti e due le stesse ragioni, e il godimento di quest' ultimo non ha dato luogo a uno speciale istituto giuridico.

CAPO SECONDO

Il diritto reale di superficie nella legislazione romana.

§. 1. *Origine.*

Antichissima, secondo i vecchi scrittori, sarebbe l' origine del diritto di superficie; e questa la ragione « quod aliqui quidem incolas intra sua latifundia recipere vellent ut tamen de istorum magnitudine nihil decederet: igitur superficiem istis concesserunt, solo sibi reservato, in cujus recognitionem modica pensio annua sol-

(5) *Motive zu dem Entwurfe eines Gesetzbuches für das Deutsche Reich,* B. III, S. 466.

venda » (1). Il **Puffendorf** (2), il **Leyser** (3), l'**Hertius** (4) sull'autorità di **Giustino** (5) ravvisano la costituzione d'un diritto di superficie nella concessione fatta a Didone del suolo, sul quale sorse poi Cartagine. Discutere sulla falsità di cosiffatta origine storica sarebbe superfluo: noi senza risalire tanto lontano, ci contenteremo d'investigare, quando quel diritto nacque in Roma.

Pare ormai assodato che l'origine del diritto superficiario bisogna ricercarla, come per l'enfiteusi, nelle locazioni dell'*ager publicus*. Quale infatti dovette essere la condizione di chi edificava nel luogo pubblico? Da una parte egli non poteva acquistare nessun diritto sull'edifizio e perchè il luogo era pubblico, e perchè *aedificium cedit solo:* dall'altra la *respublica* non avrebbe potuto giustamente appropriarsi ciò ch'era del costruttore. Gli fu concesso perciò un diritto di godimento sull'edifizio mediante il correspettivo di un tributo (*vectigal*).

Così, come l'enfiteusi si rannoda alla *locatio vectigalis* che aveva per oggetto il suolo, anche la *superficies* deriva dalla stessa *locatio vectigalis*, che avea per oggetto l'edifizio. Ne è a ciò d'ostacolo la menzione che si trova nelle fonti di *aedes vectigales* (l. 15, §. 26, D. XXXIX, 2) quasi fossero tutt'altra cosa delle *aedes superficiariae*. Le differenze infatti che taluni (6) vi han voluto scorgere non hanno alcun fondamento. Così la differenza che col perimento dell'*aedes* si risolvea la *superficies* non il diritto sull'*aedes vectigalis*, potrebbe valere solo per la legislazione di Zenone, da cui quella questione fu decisa per l'*aedes vectigalis*, non per l'antecedente. Ancora più infondata è l'osservazione che la *locatio vectigalis* delle *aedes* importava *aedes* già esistenti: mentre la *superficies* si riferiva ad *aedes* non ancora costruite, perchè ciò non è vero ed è smentito dalle fonti, come più innanzi vedremo. Finalmente non ha nessun peso la differenza notata anche dal **Fabre** (7) che le *aedes vectigales* si riferivano a fondi pubblici, e le *superficiariae* a fondi

(1) **Puffendorf,** *De jure N. et G.*, cap. VIII, §. IV.
(2) Op. e loc. cit.
(3) *Medit. ad Pand.*, spec. 509 (vol. 7°).
(4) *De jure superficiario:* sez. II. §. III.
(5) *Historiarum,* lib. 18, cap. 6, n. 14.
(6) **Degenkolb** *Platzrecht und Miethe,* §. 9, p. 50-53.
(7) *De error. pragmatic.* Decad. 63, er. IX.

privati: questa distinzione avrà avuto valore in seguito, quando il diritto di superficie era concesso più frequentemente da' privati, rispetto a' quali sarebbe stato assurdo parlare di *aedes vectigales*, non nell'origine. Così ancora le altre differenze che pose il **Fabre**, benchè tutte secondarie, e non essenziali, come quella che la *locatio vectigalis* era perpetua, la *superficies* era costituita più spesso *ad modicum* o *non modicum tempus*, che l'azione spettante al possessore del fondo *vectigalis* era diretta, mentre era *utilis* quella del superficiario, valgono tutte per il diritto posteriore allo sviluppo del diritto di superficie non già per tempo anteriore, e nulla provano contro la origine da noi assegnata (8).

In ogni modo, che l'istituto della superficie derivi dalle locazioni pubbliche non può negarsi, e c'inducono a crederlo argomenti d'ordine sì razionale che positivo.

E di vero: perchè (si domanda il **Degenkolb**) (9) A costruisce sul fondo di B, acquistando un diritto dubbio e incerto, mentre avrebbe potuto procurarsene uno certo e incontrastabile, acquistando addirittura il suolo sui cui edifica? La risposta si è, che si può comprare nel caso che vi sia chi voglia vendere: or quando vi sia chi non voglia dire ordinariamente sì, nè ordinariamente no, non v'ha ragione sufficiente d'introdurre un nuovo rapporto giuridico. Ma diversamente accade, quando il proprietario del suolo non possa dir di sì. È questo il caso che s'avvera pe' fondi pubblici, i quali sono inalienabili: onde la necessità d'introdurre un nuovo istituto giuridico che contemperi l'esigenza dell'inalienabilità del suolo e quella del privato godimento dell'edifizio. Il diritto di superficie, dunque, razionalmente congetturando, si riattacca alle locazioni del suolo pubblico.

Ma le congetture razionali potrebbero avere ben poco valore, se non fossero confortate da argomenti tratti dalla storia.

Anche nelle fonti storiche però, si trova menzione di edifizj costruiti nell'*ager publicus*, dopo la seconda guerra punica. **Tito Livio** racconta che presa Capua tutto l'agro fu locato, e con esso ancora gli edifizj, divenuti, come quello, cosa pubblica. « Capuae milites aedificiis emotos, simul ut cum agro *tecta urbis fruenda* locarentur, in portis murisque sibimet ipsos tecta militariter coegerat

(8) **Simoncelli**, *Le costruzioni giur. dell'enfiteusi*, p. 37, nota. (Estratto *Archivio giur.*, vol. XLI).

(9) Op. cit., §. 17, p. 105.

(Flaccus) aedificare » (lib. XXVII, 3). E questo passo si completa e chiarisce coll'altro dello stesso storico (lib. XXVI, 16): « De urbe agroque Capuae reliqua consultatio fuit. Propter agrum, quem omni fertilitate terrae satis constabat primum in Italia esse, urbs servata est ut esset aliqua aratorum sedes. Urbi frequentandae multitudo incolarum libertinorumque et institorum opificumque retenta: ager omnis et *tecta publica* populi Romani facta ».

Un'altra testimonianza s'incontra in **Appiano** (*bell. civ.* lib. I, 10) secondo il quale dopo le leggi di Caio Gracco, a quelli che avevano usurpato l'*ager publicus* costretti a sgombrarne via fu concesso il prezzo delle piantagioni, opere e degli edifizi che vi avean fatti; perchè non parve giusto a' Romani, che chi era obbligato ad uscire dal luogo pubblico dovesse in pari modo lasciare l'edifizio costruito a proprie spese: eppure nessun conto se ne sarebbe dovuto tenere, se si avesse avuto esclusivo riguardo al principio: « Ad eum cujus terra est, domus aedificata pertineat » (**Gajo** Comm. II, 1, 4).

Menzione ancora di edifizii costruiti sul suolo pubblico s'incontra nella *lex Thoria* (*agraria*) (10). Nella quale, in prima si trovano rammentate leggi preesistenti che aveano anche riguardo alla locazione di edifizj pubblici. « Ex ea lege dicta quam L. Caecilius, Cn. Domitius cens. agris **aedificiis** locis vectigalibusve publiceis fruendeis, locandeis, venumdeis legem dixerunt, etc. ». In secondo luogo s'incontra per la prima volta la parola *superficium*. « [*Quei in Africa agrum possessionemve agrive possessionisve superficium habet possidetv*] e fruiturve, quem agrum possessionemve quoiusve agri possessionisve **superficium** q(uaestor) pr(aetor)ve pu[*blice vendiderit....o*]b eum agrum possessione[m agrive superfic]ium scripturam pecoris nei dato neive [vectigal solvito] ecc.

Codeste sono le più antiche testimonianze storiche, giacchè gli scrittori (11) sono oggi d'accordo nel rigettare l'opinione di chi ravvisò le traccie del diritto di superficie persino nella *lex Icilia de Av. publicando* (an. u. c. 298); in forza della quale, secondo **Dionisio** (X, 32) narra, i plebei si divisero il suolo e si edificarono le case: onde avvenne che più persone avendosi costruita una sola casa a spese comuni, alcune abitassero la parte superiore, l'altre

(10) **Bruns,** *fontes jur, ant.* p. 71-78.

(11) **Padelletti,** *Storia del Diritto Romano* cap. XIX; e **Schmidt**, *Das Recht des Superficies* loc. cit. p. 133.

l'inferiore. Ma in questo fatto mal si può scorgere un diritto di superficie nemmeno in embrione: prima perchè la casa ben poteva appartenere *pro communi indiviso* in quanto alla proprietà, e la divisione non avrebbe riguardato che l'uso: in secondo luogo la superficie suppone il suolo altrui; mentre qui era di proprietà de' costruttori. L'applicazione poi del diritto di superficie a' varj piani d'una casa supporrebbe quest' istituto già sorto e applicato al caso più semplice e meno complesso di un edifizio su suolo altrui: il che non può in nessun modo ammettersi.

Pure le fonti storiche da noi riportate sono lungi dal parlare di un diritto di superficie, nè sono sufficienti a mostrare qual fosse stata la natura del godimento dell'edifizio, e quali i rapporti tra il costruttore e la città cui il suolo apparteneva: ma bastano a provare come le locazioni dell'*ager publicus* sono il primo germe, come dell'enfiteusi, così della superficie. È questa ormai un'opinione accettata concordemente dagli scrittori. La contraria del **Du Roi** (12) è rimasta isolata: perchè non è certo un valido argomento il suo che nel titolo del Digesto *De superficiebus* non s'incontri cenno delle locazioni dell'*ager publicus*, quand'anche non si voglia tener conto della ragione addotta in contrario, che ivi non se ne faccia parola, perchè la superficie era allora più frequentemente usata sulle terre de' privati (13). Egli invece fa derivare il diritto di superficie dall' inalienabilità ed indivisibilità degli *agri limitati*.

Non sarà poi del tutto inutile riportare i più antichi monumenti che chiaramente si riferiscono al diritto di superficie e a' rapporti che ne nascevano tra concedente e concessionario.

La prima menzione del diritto di superficie si troverebbe presso **Seneca** (ep. 88) « Non est autem ars sui juris cui precarium fundamentum est. Philosophia nil ab alio petit, totum opus a solo excitat. Matematica, ut ita dicam, **superficiaria est, in alieno aedificat** ».

Da queste parole han voluto taluni argomentare la pratica frequente e diffusa del diritto di superficie a' tempi di Seneca, se questi lo prende come termine di paragone, per esprimere il suo pensiero intorno alla natura della matematica. Altri negano, pretendendo che Seneca abbia voluto soltanto fare sfoggio di scienza giuridica (14). Checchè sia di ciò, certo è che in quel passo è evidente l'allusione

(12) *Archiv für civil. Praxis*, vol. VI, p. 387 e nota 5.
(13) **Niegolewski,** *De jure superf.* p. 23.
(14) Lo stesso p. 19.

al diritto di superficie come un diritto distinto sì, ma non indipendente dal diritto di proprietà, al pari della Matematica che, sebbene diversa dalle altre scienze, pure non può pretendersi sui juris, e non avente rapporto alcuno colla filosofia, nella quale trova il suo fondamento come la *superficies* sul suolo.

Importante è ancora un' iscrizione posta nell' anno 193 dopo Cristo, e trovata a Roma, a Montecitorio l'anno 1777, illustrata dal **Rudorff** (15), della quale riportiamo i seguenti passi che indubbiamente si riferiscono al diritto di superficie: sebbene non se n' incontri la parola.

« ..... permissum sit ædificare loco cannabæ a solo iuris sui pecunia sua, præstaturus solarium sicut ceteri ».

« ..... ad voluptatem suam hospitium sibi extruat, quod ut habeat sui juris et ad heredes transmittat... ».

« .... Petimus igitur aream quam demonstraverit Adrastus lib. d. n. adsignare ei iubeatis, præstaturo secundum exemplum ceterorum solarium ».

Così veniva a tale Adrasto assegnata un' area nel luogo pubblico, presso la colonna di Marco Aurelio allo scopo di edificarvi. La proprietà del suolo naturalmente non era acquistata dal concessionario: ma questi avrebbe goduto l' edifizio *sui juris* non solo, ma siffatto diritto l' avrebbe anche trasmesso agli eredi: gli era ingiunto soltanto l' obbligo di pagare il *solarium*. Qual dubbio vi può essere che qui venga nettamente designato il diritto di superficie, qual' è nelle fonti concepito?

Un' altra inscrizione che si riferisce al diritto di superficie, e che secondo probabili congetture, apparterrebbe anche alla seconda metà del secondo secolo dell' E. V. è quella trovata a Pozzuoli il 1861, e che contiene un decreto de' Decurioni di quella città (16).

« . . . .

Cum M. Laelius Atimetus, vir probissimus et singulis et universis karus, petierit in ordine nostro uti solarium ædificii, quod extruit in transitorio, remitteretur sibi ea condicione ut ad diem vitæ ejus usus et fructus potestasque ædificii sui ad se pertineret, postea autem rei p(ublicæ) nostræ esset, placere huic ordini tam gratam voluntatem optimi civis admitti, remittique ei solarium, cum plus ex pietate promissi ejus res publica nostra postea consecutura sit.... ».

(15) *Beitrag zur Geschichte der Superficies* (V. Bibliog.).
(16) **Degenkolb**, nella *Zeitschrift für R. G.* IV.

Da quest'iscrizione si scorge trattarsi d'un vero diritto di superficie concesso dalla città di Pozzuoli sul suolo comunale al cittadino L. Atimeto, mediante corresponsione di un *solarium*, che era d'uso generale *(secundum exemplum cæterorum)*. Nè si può opporre che un vero diritto di superficie non v'ha, se il godimento fu ristretto alla vita di L. Atimeto: poichè questa limitazione fu solo una condizione della remissione del *solarium;* se questo non fosse stato rimesso, è chiaro che il diritto sarebbe trapassato agli eredi.

Però da questi luoghi che abbiamo riferiti, non si può argomentare ancora la natura reale del diritto di superficie, accennandovisi soltanto a' rapporti personali tra concedente e concessionario.

Quando poi il diritto di superficie da semplice diritto personale di godimento sia diventato diritto reale, è storicamente incerto: benchè abbia taluno voluto arrischiare delle probabili congetture (17). Del resto è cosa poco interessante: questo si può tenere per certo che nacque il diritto reale, quando essendosi largamente sviluppato il bisogno di possedere stabilmente un'abitazione per sè e i suoi, anche senz'avere la proprietà del terreno, si sentì la necessità di proteggere questa pratica esigenza recedendo, per quanto era possibile, dal duro rigore del principio di diritto civile « superficies cedit solo » (18). E dal punto di vista giuridico è certo e indubitato che la superficie acquistò l'indole di diritto reale solo per opera del Pretore che gli accordò in tutela uno speciale interdetto ed utili azioni, come meglio vedremo dopo (19). Come anche non v'ha dubbio che il diritto di superficie, benchè abbia avuto la stessa origine del diritto d'enfiteusi, pure acquistò fisionomia propria assai tempo prima di questo. Infatti, mentre a' tempi di Zenone si era ancora incerti sulla natura giuridica del diritto d'enfiteusi, il diritto di superficie era già sorto e ben definito sino da' tempi di Ulpiano: onde il diritto reale di superficie è più antico dell'enfiteusi. Però, d'altra parte, se il diritto di superficie ebbe più corta gestazione, non raggiunse quella

(17) **Dirksen, Böking,** Istituz. di D. R. citati da **Degenkolb** p. 122.

(18) **Puchta,** *Istit. di D. R.* § **242.**

(19) Lo **Schmidt** (op. e loc. cit. p. 36) opina che la nascita del diritto reale di superficie non possa essere di data anteriore a' tempi di **Ulpiano,** e di **Paolo,** fondandosi sulle parole di quest' ultimo (l. 16 D. *de pign. act.* XIII, 1) «.... *quia* **hodie** *utiles actiones superficiariis dantur* ». Però l'interdetto vi sarebbe stato anche prima: il che del resto è conforme allo sviluppo degl' istituti giuridici in Roma: prima *l'int. de loco pub. fruendo,* poi *l'actio vectigalis;* prima *l'int. Salvianum,* poi *l' actio Serviana.*

perfezione, nè ebbe mai quella figura distinta e indipendente che il diritto d'enfiteusi ottenne colla costituzione zenoniana: non si ebbe un contratto di superficie, come un contratto d'enfiteusi, dagli altri ben differente. A ciò si opponeva come ostacolo insormontabile il rigore inflessibile del *jus civile* cui quell'istituto tendeva a correggere. Onde il diritto di superficie, creazione del diritto pretorio, rimase sempre tale e non fu assunto agli onori del diritto civile.

Discorso così, come nacque e si svolse in Roma il diritto di superficie, passiamo alle regole di diritto che lo governarono.

§ 2. *Costituzione della superficie.*

A) Locatio et conductio

E in prima come modo di costituire il diritto di superficie ci si presenta la locazione, la quale, come abbiam visto, essendone stata la primitiva sorgente, fu poi se non l'unico, il modo ordinario di costituzione: onde a ragione fu detto in termini rozzi sì ma espressivi: « *superficiei materia oritur ex ventre locati* » (1).

La formola dell'interdetto speciale accordato dal Pretore era così concepita:

« Uti ex lege *locationis sive conductionis* superficie qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero fruemini, quominus fruamini vim fieri veto. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita, dabo » (l. 1 D. *De superficiebus*, XLIII, 18).

Paolo definì il superficiario: « qui in alieno solo superficiem ita habet ut certam *pensionem* præstet » (l. 74 D. *de rei vind.* VI, 1).

E **Gajo**: « superficiariæ ædes, quæ in *conducto* solo positæ sunt (l. 2 D. *de superfic.*).

Ma in qual modo mai un contratto, come la locazione, poteva produrre un diritto reale, come quello di superficie? Come si spiega questa locazione che fu detta *admodum irregularis* (2) o anche *conductio plenior* (3) in contrapposto della *simplex* e *vulgaris?*

Gli antichi scrittori spesso si proposero la quistione; ma non sempre s'accordarono nel risolverla, e quasi mai le loro risoluzioni sono soddisfacenti.

(1) **Carocio,** *Loc. et conducti tract.* p. 118, (Venezia 1617).

(2) **Strykii,** opera, vol. X, diss. 16, cap. 1° n. 58.

(3) **Cujacii,** Recit. solemnes ad l. 3 si ag. vectig. lib. VI Dig. (Op. vol. VII col. 376 ediz. Napoli).

Ritennero alcuni, avvolgendosi così in un circolo vizioso, che la locazione a lungo tempo o perpetua importasse una vera alienazione, un trasferimento di diritto reale (4). Altri invece opinarono che, sebbene la locazione di per sè non fosse capace di trasferire un diritto reale, pure questo trasferimento seguiva in forza d'un patto aggiunto: patto che poteva essere non solo espresso o tacito ma anche *presunto* (5) e tale presunzione si avea quando la locazione era *ad non modicum tempus*. « Propterea tamen (dice uno di loro) (6) non putandum ac si tempus esset modus ius in re constituendi, nam constituitur ex voluntate domini, quæ ex tempore longo, sicque pacto tacito præsumitur, juxta communem et receptam sententiam ». Il diritto reale insomma sarebbe dipeso sempre dalla volontà delle parti espressa, tacita o presunta.

Ma nè l'una nè l'altra delle due opinioni è accettabile. Nè la locazione poteva di per sè trasferire il diritto reale, nè il patto che vi fosse aggiunto: perchè nell'antico Diritto Romano l'intenzione de' contraenti non avea efficacia di creare diritti reali. Era così esagerato il concetto dell'assolutezza ed integrità del diritto di proprietà, che ogni frazionamento non poteva essere ammesso se non dalla legge. La legge sola aveva potere di creare nuovi diritti reali: i quali perciò nacquero tardi, dopo una lenta evoluzione, e non esistettero fin da principio. Perciò, come dice egregiamente il **Degenkolb** (§ 9) « l'astratta intenzione di acquistare un diritto reale prima dell'interdetto del Pretore, era, giuridicamente, una velleità, non sopra di essa poteva il Pretore fondare il suo interdetto, ma su determinati reali interessi. Il Pretore doveva per contrassegni obbiettivi distinguere dalla locazione que' casi che egli credeva conveniente trasportare dalla sfera obbligatoria nella reale. La nota obbiettiva era la creazione del *superficium* compiuta dal conduttore del suolo. V'era da conciliare un conflitto di principj, l'acquisto per formazione di *nova species* col puro e formale principio dell'accessione ». Non era dunque il contratto di locazione che produceva per sè il diritto reale di su-

(4) **Carocius,** *Loc. cond.* (titolo de loc. sine temp. qu. 13, n. 5); **Tiraquellus,** *De retractu lineari* § 1 gl. 14 n. 79; **Valascius,** *De jure emph.* qu. 18, n. 2; **Pacioni,** *De loc. cond.* cap. 2°, n. 3, 4.

(5) **Struvius,** *Synt. jur. civ.* ex. 45 th. 128; **Lauterbach,** *Colleg. Pandect.* tom. III, lib. 43, 1, 18, n. X; **Schilter,** *Praxis juris Rom.* ex XLVII, § 62; **Donelli,** *Comm. jur. civ.* lib. IX, cap. 16; **Carpzow,** parte 2, const. 37, def. 22, n. 5 e sg.

(6) **Lauterbach,** loc. cit.

perficie, nè il patto aggiuntovi espresso o tacito, ma fu l'equità del Pretore, che volle garentire colla tutela reale gl'interessi del superficiario.

E questa spiegazione, a dir vero, non fu del tutto sconosciuta dagli antichi. Lo **Strykio** (7) l'avea di già intravvista: « Locationem per se sive perpetuo sive ad longum tempus facta sit non transferre dominium, nec esse alienationem, nec per se operari in rem actiones ». La tutela reale fu accordata « quia *æquitas* suadet ut in tali locatione superficiario statim succurratur, et possit absque cessione utilibus in rem actionibus agere ».

E che non fosse la locazione, nè il patto presunto dal *non modicum tempus* quello che partoriva il diritto reale, si argomenta indiscutibilmente da ciò che il Pretore non accordava *a priori* la tutela reale al superficiario: ma solo *a posteriori*, quando cioè, oltre l'estremo del *non mod. tempus*, la *causæ cognitio* avesse dato per risultato che v'era un legittimo fondamento di tutela. **Ulpiano** commentando l'Editto dice chiaramente:

« Quod ait Prætor: si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo, sic intelligendum est ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane *causa cognita* ei qui *non ad modicum tempus* conduxit superficiem, in rem actio competit » (l. 1 § 3 D. *de superfic*).

Si scorge quindi dalle parole di Ulpiano, come per accordare la tutela reale non bastasse che la locazione fosse fatta *ad non modicum tempus:* ma che ci fosse anche bisogno di un esame delle circostanze di fatto, caso per caso (*causæ cognitio*), per vedere se gl'interessi del superficiario meritassero o no la efficace protezione delle azioni reali utili.

Errarono quindi e disconobbero il testo quegli scrittori che opinarono esservi sempre il diritto reale, quando la locazione fosse fatta *ad non modicum tempus*, perchè questa circostanza era una presunzione di patto traslativo di diritto reale; onde la *causæ cognitio* si sarebbe ridotta ad esaminare per quanto tempo la locazione fu fatta;

(7) *Us. mod. Pand.* lib. XXX, tit. 2.° § 58 e 59. E il **Fabro,** (de er. prag. dec. 64 er. X) domandatosi perchè la locazione a lungo tempo fa acquistare un diritto reale, non si riferisce già alla volontà delle parti come tutti gli altri interpetri, ma dice invece: « Respondendum est inductum id esse exemplo actionis quæ de vectigali fundo proponitur, quam placuit eis dari qui fundum vectigalem a municipibus conduxerunt ».

e non ve ne sarebbe stato bisogno alcuno, in caso di patto espresso (8).

Il vero è che il lungo tempo è necessario, perchè gl'interessi del superficiario sono allora più degni di tutela: « cum enim diuturnum usum habeat (scrive lo **Strykio**) (9) et propter usum talem diuturnam perennem quoque possessionem consequatur, eo gravius est præjudicium et damnum, si a tertio impediatur: ille vero tantum præjudicium allegare nequit qui ad modicum tempus rem conduxit, hic enim facile recurrere potest ad cessionis beneficium ». Ed è necessaria inoltre la *causæ cognitio*, per vedere se le parti pur contraendo a lungo tempo, non abbiano inteso conchiudere che una vera e propria locazione. Onde seguiva che quand'anche la volontà delle parti di costituire il diritto reale fosse stata manifesta, e fosse risultata dalla causæ cognitio, ma ciò non ostante fosse mancato il *non mod. tempus,* il pretore non credeva tutelare una volontà che in siffatta guisa era astratta soltanto, e non corrispondeva alla realtà delle cose. Come d'altra parte, se ci fosse stato il requisito del non *modicum tempus*, ma la *lex locationis* fosse stata tale da mostrare un'intenzione delle parti contraria alla efficacia reale, il Pretore non si credeva autorizzato ad accordare le azioni utili. Due dunque erano i requisiti, perchè il diritto di superficie acquistasse l'indole di diritto reale, positivo l'uno, negativo l'altro: il lungo tempo e la mancanza d'una contraria intenzione de' contraenti. Se il Pretore non riconosceva valida l'intenzione de' contraenti che non trovasse corrispondenza nella realtà delle cose, quando si fosse trattato di accordare la tutela reale; rispettava questa volontà, benchè le fosse apparentemente contraria la realtà degli interessi, quando si trattava di negarla.

Ed a quest'opinione inclinò il **Connano** (10) quando scrisse: « Si sufficiebat longinquitas temporis ad hoc jus consequendum quid causa cognita opus fuit in eo qui non modici spacii conductor fuit? ..... hoc ideo sane, quod in tempore quamvis magno non satis est authoritatis ad transmittendam dominii utilitatem, *nisique præterea conditiones locationis eam afferant* .... Quod si conventum fuerit ut eam parvo tempore habeat, *aut longo quidem, sed ea lege nihil*

(8) **Schilter,** loc. cit.

(9) Op. e loc. cit.

(10) *Comm. jur civ.* lib. VII, cap. 12, p. 457, 458: la stessa opinione fu seguita dal **Valascio,** *Quest. jur. emph.* qu. 33.

ut in superficie mutet, et quod ædificarit, finita locatione solo cedat, nulla in eo imago et umbra dominii esse potest ».

La realtà dunque degl' interessi ebbe di mira il pretore e non la nuda volontà delle parti. Ecco spiegato come dalla locazione potessero derivare diritti reali.

Ma che s' intende per locazione fatta *ad non modicum tempus?* Quale spazio di tempo è necessario, perchè esso possa avere efficacia come *non modicum?*

Gravi ed antiche sono state le controversie sul proposito a cominciare da' Glossatori.

Alcuni fondandosi su un testo di Ulpiano (l. 1 § 2 D. *de it. actuq. priv.* XLIII, 19) ritennero per *non mod. tempus* un tempo non minore di giorni 30: altri in considerazione d' un altro passo dello stesso Ulpiano (l. 1 § 13 D. *de separat.* XLII, 7) intesero un tempo che oltrepassasse il quinquennio: altri finalmente argomentando da ciò che in un luogo dice Paolo (l. 16 § 3 D. *qui et a quibus manumissi* etc. XL, 9) ritennero che fosse necessario un decennio.

La prima opinione in verità godette poco favorevole accoglienza: la seconda invece trovò il suo piú strenuo sostenitore nel **Cujacio** (11). che ritenne esser cosa usuale a Roma far le locazioni per un tempo solenne, e tale era il *lustro* o quinquennio, onde la locazione *ad non modicum tempus* era quella fatta per oltre cinque anni. E tale opinione trovava suo fondamento nel fatto che le *locationes vectigales*, quand'erano conchiuse da censori e questori, non potevano durare per un tempo maggiore di quello ch' essi duravano in carica, cioè cinque anni.

Ma l' ultima opinione fu quella che ebbe maggior favore: opinione professata non da **Accursio,** come erroneamente asserì il **Connano**, ma da alcuni glossatori a lui anteriori, e sostenuta poi da **Bartolo** (12) *quem omnes manibus et pedibus sequuti sunt*, per adoperare l'arguta espressione del **Connano** istesso, e che perciò formò il *jus receptum* (13); e ne rimane traccia ancora ne' codici moderni che considerano la locazione *ultranovennale*, come atto di alienazione per taluni riguardi.

(11) *Recit. solem. ad tit. III si ag. vectig. lib. VI Dig.* (op. vol. 7.° ed. Nap. col. 376).

(12) Ad l. 2 D. si ag. vectig. vel emph.

(13) **Lauterbach,** loc. cit., n. X. — **Pacioni,** op. cit., cap. IV. — **Carocio,** op. cit. p. 54-55.

Ma l' opinione più giusta è quella che rigetta tutte le determinazioni di tempo, lasciando al criterio del magistrato il vedere se, secondo le varie consuetudini de' luoghi ed altre circostanze, vi avesse o no lungo tempo. Quest' opinione propugnata prima da **Accursio** (14) fu seguita poi dal **Connano**, dal **Valascio** (15) e da altri, ed è generalmente accolta dai moderni scrittori.

La locazione poteva avere per oggetto o il suolo o la superficie: il suolo per edificarvi, o le *superficiariæ aedes* già costruite: ciò risulta chiaro dalle parole delle fonti « *superficiariæ ædes* in *conducto solo positæ* » (l. 2 D. h. t.) e « si *conduxit superficiem* ». Alcuni scrittori han voluto riconoscere delle differenze tra l' una e l' altra locazione. Taluno ritenne la differenza consistere in ciò che in caso di locazione del suolo, distrutta la superficie, sarebbe sempre rimasta la locazione, ma locata solo la superficie, colla distruzione di essa, sarebbe interamente estinto il diritto di superficie. Opinione di **Bartolo** (16) seguita da molti (17). Altri poi credette che la locazione del suolo per costruirvi importasse sempre un diritto reale, non così la locazione d' una superficie già esistente: opinione professata dal **Puchta** (18), ma che in verità fu già di alcuni antichi glossatori, **Ioan**.(*nes*) **B**.(*assianus*) e respinta anche da Accursio. E giustamente, poichè anche questa, come l' altra differenza, non trova alcun fondamento ne' testi. È da ritenere perciò che la locazione del suolo avesse luogo, quando l' edifizio non ancora esistesse, e quella della superficie, quando già vi fosse,: ma da questo niuna conseguenza pratica ne derivava.

Quando la superficie veniva costituita per locazione, il conduttore doveva al locatore una *pensio* o *solarium*. Ma sulla natura del *solarium* c' intratterremo dopo, per non preoccuparci, come ha fatto il **Degenkolb** nell' esame della questione, se cioè la locazione fosse oppur no l' unico modo di costituire la superficie.

(14) *Glossa* ad l. 1 § 3 D. de superficiebus.

(15) opere e luoghi citati.

(16) in Dig. (tom. V p. 143) lib. 43, 41, 17.

(17) **Carocio**, op. e loc. cit. il quale cita come fautori della stessa opinione **Baldo**, **Socino**, *Cons*. 150 n. 17, lib. 4 — de **Afflict.**, *Decis*. 83, n. 12. **Iaso**, in l. 1 n. 43 C. de jure emphyteutic. — Ag. **Redoani**, *De reb. eccl. non alien*. cap. 25 (Nei *Tractatus tract*. vol. XV, p. 2.ª fol. 401).

(18) *Vorles*. § 174 citato dal **Wächter** § 9 nota 1.

B) Emptio et venditio.

Nella formola dell' interdetto, come si legge ne' manoscritti esistenti e nelle migliori lezioni, non si fa cenno di compra vendita. È vero che taluni han voluto correggere il testo, leggendo: « uti ex lege locationis sive *venditionis* » (19): ma tale emendamento non è accettabile, perchè meramente arbitrario. Poichè, com'ha bellamente dimostrato il **Wächter** (§ 8 nota 1), non è contro il linguaggio adoperato da' giureconsulti l' espressione *lex conductionis;* quello che tutt'al più può esser capace di correzione, sarebbe la parola *sive*, cui potrebbe sostituirsi *et* (20). Ma anche così leggendo, chi ci vieta di supporre la possibilità di altri modi di acquisto fuori della locazione? Se questa sola è ricordata nella formola, egli è perchè era il caso tipico, non già l' unico ed esclusivo; nella stessa guisa che nell' interdetto *utrubi* si parla solo di schiavi, eppure esso si riferisce anche ad altre cose mobili. Esaminando dunque la formola dell' interdetto, non si può escludere la compra vendita. E che ciò sia vero ce ne dà una prova positiva lo stesso **Ulpiano**, che commentando appunto l' editto del Pretore scrisse:

« Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est, nam si conduxit superficiem ex conducto: si *emit ex empto* agere cum domino soli potest » (l. 1 § 1 D. h. t.).

Tutti gli scrittori perciò dalla Glossa a noi non han dubitato che la compra vendita della superficie fosse possibile. Lo ha negato solo il **Degenkolb** (§ 7): dico lo ha negato: ma potrei anche dire che l' ha affermato: tanto s è contraddetto! Mentre egli pure sostiene che nella formola dell' editto debba leggersi « locationis sive *venditionis* », e che in tal modo in essa s' ebbe in vista tutti i casi di superficie (« so hat es alle Fälle der Superficies im Auge » p. 33): d' altra parte afferma che poi la vendita non è che una modificazione della locazione alla quale può ridursi: « in Warheit reduciren sich beide causæ nur auf eine, auf die locatio, die venditio ist nur eine Modification, sie steht der locatio nicht selbständig und gleich berechtig gegenüber ». Perchè ciò? perchè il *solarium* è es-

(19) **Rudorff**, op. cit. p. 230, 231. — **Degenkolb,** *Platzrecht*, § 3.

(20) Cf. anche **Serafini,** Recensione delle opere di **Wächter** e **Degenkolb,** in « *Archiv. Giuridico* » vol. 2.° p. 417.—Anche recentemente lo **Schmidt** (loc. cit.) p. 143 ha negato la necessità della correzione.

senziale. Ma se le fonti non si esprimono sulla necessità del *solarium*, questa si dovrà ammettere od escludere, solo quando siasi provato che la locazione era o no l'unico modo di costituire la superficie. Altrimenti ci ravvolgiamo in un circolo vizioso. Di più, il **Degenkolb** dopo aver riconosciuto che la compra vendita è uno de' modi di acquistare la superficie, ma un modo che si riduce alla locazione, nega poi ancora che nelle fonti si diano mai esempj di compra di superficie. Secondo lui, **Ulpiano** nella l. 1 § 1 h. t. avrebbe parlato di mera possibilità, non già di una concreta realtà. E sia: ma ciò non servirebbe a dimostrar altro che poco frequente sarà stata la vendita della superficie; ma non si potrà negare ch' essa fosse giuridicamente possibile, e che nella mente del giureconsulto e nella pratica della vita fosse alcun che di distinto dalla locazione, se a questa vien contrapposta e distintamente se ne parla.

Nè poi è vero che non v' abbia de' testi in cui si faccia l' ipotesi di compravendita di superficie. E prima **Pomponio** ce ne dà un esempio nella l. 32 D. *de jure dotium* XXIII, 3.

« Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arbores quæ fructus non essent, sive *superficium ædificii dotalis* voluntate mulieris *vendiderit*, nummi ex ea venditione recepti sunt dotis »:

Il **Degenkolb** però nota un parallelismo tra la vendita del *superficium* e quella degli alberi e de' frutti: onde la prima dovrebbe essere vendita di cose mobili come l' altra: e quindi la legge parlerebbe non già di vendita di superficie ma di materiali. Ma una tale interpretazione che si fonda su ragione affatto estrinseca e poco concludente, non può accogliersi; perchè se si parla nel luogo stesso di vendita di superficie e di vendita di alberi e frutti, ciò non è per la ragione che entrambe siano della stessa natura, ma perchè menano alla stessa conseguenza « nummi ex ea venditione recepti sunt dotis ». Ripugna inoltre allo stesso linguaggio giuridico delle fonti attribuire all' espressione « *venditio superficii* » il significato di vendita di materiali: nè giova far richiamo alla 52 D. *de cont. emp.* XVIII, 1, e alla l. 48 D. *damni infecti* XXXIX, 2; poichè in queste si parla espressamente di vendita della casa allo scopo di demolire. Inoltre un' altra piú grave obbiezione si può movere alla spiegazione del **Degenkolb**: se ivi si parla di vendita di materiali, perchè il giureconsulto à aggiunto le parole « voluntate mulieris » ? Queste invero sarebbero fuor di luogo, se si trattasse di cose mobili, quand' è risaputo che nella legislazione romana le cose mobili dotali potevano vendersi dal marito senza consenso della moglie, e questo consenso prima della le-

gislazione giustinianea, era necessario solo per la vendita di cose immobili (l. 15 C. *de rei ux. actione* V, 13) Le parole dunque « voluntate mulieris » ci fanno accorti non potersi trattare di cose mobili, di materiali. Perciò, che si trattasse di vendita del diritto di superficie ritennero la gran parte degl' interpetri, sì i greci scoliasti (21) che **Cujacio** (22) **Donello** (23) e l' **Erzio** (24), che il **Degenkolb** erroneamente cita in suo favore, come ancora i più recenti **Windscheid** (25) e **Wächter** (26). Ma come conciliare, si obbietta in contrario, l' ipotesi di vendita della superficie col principio introdotto da Giustiniano che il fondo dotale non può alienarsi, nemmeno col consenso della moglie? Anche a non volere tener conto del tentativo di conciliazione degli scoliasti, che distinsero tra cose immobili (ἀκίνητον) e edificate (ἐδαφικόν): e di quello del **Cujacio** che sostenne non esservi alienazione nel caso di vendita di superficie, rimane sempre giusta l' osservazione dell' **Erzio** che il frammento di **Pomponio** sia *vestigium juris veteris*. E di vero **Pomponio** scriveva, quando era ancor vigente la *lex Julia* per la quale erano valide le alienazioni del fondo dotale, quando fossero fatte col consenso della moglie. Si deve dunque a una delle solite inavvertenze de' compilatori delle Pandette, che lasciarono quel frammento, non ostante la cambiata legislazione.

Il **Degenkolb** inoltre passa affatto sotto silenzio la l. 12 D. *De pub. act.* VI 2, in cui **Paolo** ci fa menzione d' una compra di superficie.

« § 3. Idem est si *superficiariam insulam* a non domino bona fide *emero* » — dove non v' ha dubbio parlarsi di compra di un diritto di superficie e non già di proprietà della casa.

Ma quand' anche in queste leggi non si parlasse di compra del diritto di superficie, da questo altro non conseguirebbe, ripeto, se non che a noi non ne sono pervenuti esempj pratici, ma non si potrà per

(21) **Enanthiophanes** scol. *Basilic.* lib. 29, b, 28, ed. **Fabroti** t. IV p. 574. « Non obstat quod dicitur Inst. 2, tit. 8. Illic enim loquitur de immobilibus: sed et hic superficium immobile est, sed res soli non est. — Aliter etiam solvi potest; ibi prohiberi alienationem rerum inaestimatarum: heic autem de æstimatis agi quæ a marito vendi possunt . . . ».

(22) *Observationes*, XV, 21, e XVII 2 (vol. 3.° ed. Nap.)

(23) *Comm. jur. civ.* lib. IX, cap. 16 § 16.

(24) *De jur. sup.* sez. I § 6.

(25) *Pandekten* § 223, not. 12.

(26) op. cit. § 8 nota 3.

ciò solo negare che fosse riconosciuto questo modo d'acquisto, se Ulpiano ne parla espressamente; tranne non voglia credersi che il giureconsulto abbia voluto per gioco d'ingegno pensare a mere possibilità di casi, che realmente non si sarebbero mai avverati.

E per questo riguardo mi pare che molto meglio del **Degenkolb** s'avvisarono il **Dittmar** (27) e il **Hiegolewski** (28) i quali pure partendo dallo stesso principio che il *solarium* fosse essenziale, non disconobbero che la compravendita fosse un modo d'acquistare la superficie, ma in una maniera ingegnosa, benchè arbitraria, cercarono di conciliare ciò con la loro preconcetta opinione.

Il primo notando che non vi può essere superficie senza suolo, e che d'altra parte il diritto di superficie, non cade sul suolo, credè distinguere, come già avea fatto il **Lauterbach,** (29) dal diritto reale di superficie un diritto personale di godimento del suolo, senza il quale il primo non potrebbe sussistere. Ora questo diritto personale sul suolo non poteva derivare che da locazione; mentre il diritto reale di superficie poteva derivare da vendita, locazione ec.: quindi in qualunque modo fosse costituito il diritto di superficie, non vi poteva mancare mai una concomitante locazione col rispettivo *solarium.* « Per se autem patet (egli dice) conductionem soli ad ipsum superficiei constituendæ modum nihil prorsus facere, cum jus in superficie et jus ad solum jura sint diversissima, et ratione effectuum pariter ac generum ipsorum toto coelo differant ». Ma chi non vede l'infondatezza di questa opinione? Se per poco si consideri che il diritto di superficie affettava la superficie non istaccata dal suolo ma a questa aderente, come esiste *in rerum natura*, la distinzione tra diritto alla superficie e diritto al suolo va per aria, e con essa tutto l'edifizio architettatovi sopra.

L'altro, partendo dalla considerazione di fatto, che chi acquistava una superficie già esistente non dovesse essere trattato nella stessa maniera che chi acquistasse solo il diritto a costruirla, ne dedusse che, mentre nella seconda ipotesi bastava il pagamento di un' *annua pensio*, questa poi non fosse sufficiente nella prima. Poichè allora oltre l'annuo *solarium* doveva pagarsi il prezzo dell'opera costruita: ecco in che consisteva la compra delle superficie. Talchè questa non sarebbe mai esistita indipendentemente dalla locazione,

(27) *De superficiei notione* § 9.
(28) loc. cit. p. 34, e 35.
(29) op. cit.

ma ne sarebbe stata un accessorio, e avrebbe avuto luogo solo in caso che la superficie esistesse di già. Ma tale spiegazione non può accettarsi, perchè non fondata ne' testi, anzi è loro contraria. È contraria: perchè se fosse vera, la compravendita qui non potrebbe considerarsi come distinta dalla locazione e da essa indipendente; eppure **Ulpiano** parla di locazione e di vendita distintamente. E qual bisogno ve ne sarebbe stato, supposta vera quella congettura? Il pagamento del prezzo dell' opera esistente non andrebbe compreso rettamente nella *lex locationis?* Come la *lex locationis* avrebbe avuto riguardo al solo pagamento del *solarium*, nel caso di superficie da costruirsi, avrebbe avuto riguardo anche al pagamento del lavoro e delle spese fatte per l' edifizio già costruito. Dunque si sarebbe male a proposito discorso di compra vendita.

Ma qual' è l' oggetto della compravendita? Non l' *ædificium*, nè il *solum*, perchè allora non il diritto di superficie, ma il diritto di proprietà si sarebbe acquistato: nè la sola *superficies* perchè ciò repugnava al principio « *superficies solo cedit* ». Chi avesse voluto comprare la superficie avrebbe comprato di necessità anche il suolo: **Celso** dice: « Solum partem esse aedium existimo, nec alioquin subjacere, ut mare navibus » (l. 49 D. *de rei vind.* VI, 1). Quindi oggetto della compravendita altro non poteva essere che il *diritto* di godere la superficie già esistente, o quello di costruirla (30). Nè si potrebbe desumere il contrario dalle espressioni « *si superficiariam insulam . . . . emero* » « *superficium vendiderit* » le quali sono adoperate in un senso volgare. Del resto le fonti stesse hanno cura di spiegarcene il significato giuridico in analoga ipotesi:

l. 32 D. *de contr. emp.* XVIII, 1.

« Qui *tabernas* argentarias vel ceteras, quæ in solo publico sunt, *vendit*, non solum sed *jus vendit* ».

Ma quale la differenza tra la locazione e la compra vendita del diritto di superficie? Gli antichi ritennero che mentre la locazione non trasferiva di per sè il diritto reale, ma solo in forza di patto espresso, tacito o presunto (come abbiam visto); la compra vendita invece di per sè e senza bisogno di patto alcuno avrebbe trasferito il diritto (31). Onde la *causæ cognitio* per accordare le azioni

(30) Cf. anche in questo senso **Coccejo** *Jus civ. controv.* lib. 43, 41, 18 qu. 2.ª.

(31) **Hertius,** op. cit.

reali sarebbe stata necessaria solo in caso di locazione e non avrebbe avuto luogo in caso di compra vendita.

Tale opinione però è falsa. La compra vendita al pari della locazione conduzione, non era di per sè efficace a trasferire il diritto reale. Era il Pretore che aveva il potere d'accordare la tutela reale, quando ciò trovasse conveniente agl'interessi effettivi, e non fosse stata contraria la volontà delle parti. Ora la volontà delle parti in favore della tutela reale era manifesta nella compra vendita, dubbia nella locazione: ma da ciò non consegue che la *causæ cognitio* non fosse necessaria anche nella prima ipotesi. La *causæ cognitio* sarà stata necessaria se non per altro, per esaminare se in fatto vi fu vendita o locazione, stante la grande affinità de' due contratti. Però, appunto perchè l'intenzione de' contraenti si manifesta più chiaramente nell'*emptio* che nella *locatio*, in quella non occorreva il requisito della durata, il *non modicum tempus*. Onde la compra vendita della superficie, anche fatta a breve tempo, dovea essere dal Pretore tutelata con azioni reali, sempre però *causa cognita* (32). Questo differente effetto produceva l'*emptio et venditio superficiei.*

Poichè è assolutamente arbitraria e apertamente contraria a principj del Diritto romano l'opinione espressa da uno de' più recenti scrittori sul nostro argomento, il **Guyot** (33), il quale, senza verun fondamento, distingue anch'esso due specie di diritti nel diritto di superficie: diritto sull'edifizio e diritto sul fondo stesso. Il diritto sul fondo sarebbe in ogni caso somigliante alle servitù prediali; il diritto sul suolo invece ora s'accosterebbe al diritto d'enfiteusi, ora a un diritto di proprietà, secondo la natura del contratto intervenuto. Così la vendita si distinguerebbe essenzialmente dalla locazione della superficie: se le parti avessero conchiuso una locazione per lungo tempo, il diritto di superficie sarebbe stato simile a quello dell'enfiteuta o del possessore dell'*ager vectigalis*, se invece una compra vendita, il superficiario avrebbe acquistato un diritto di proprietà, tranne le limitazioni derivanti dall'esistenza della proprietà del suolo. Ma questo si chiama fare un romanzo storico del diritto romano; epperò non mette conto spendervi più parole.

Ma qual'è il criterio distintivo tra la locazione e la vendita del

(32) **Fabro** *De erroribus prag.* dec. 64, er. X: **Donello**, *Comm. jur. civ.* loc. cit.

(33) *Des droits d'emphytéose et de superficie*, n. 90.

diritto di superficie? Propostasi la medesima questione, il **Menochio** (34) distinse ben sette casi e ne diede altrettante risoluzioni differenti, ma che in verità poco giovano al nostro argomento. L'opinione più universalmente accolta e che si trova anche nella Glossa, è che se il prezzo è pagato una sola volta, si ha compra vendita: se invece v'ha un pagamento periodico, locazione (35).

Questo criterio fu soltanto recentemente combattuto dal **Guyot** (loc. cit.) che coerentemente all'erronee premesse sopra riportate, sostiene che non bisogna guardare se vi sia o no pagamento periodico, il quale può esistere anche in caso di vendita, perchè niente vieta che il prezzo si trasformi in rendita perpetua. L'osservazione sarebbe giusta, se la vendita della superficie producesse effetti essenzialmente diversi dalla locazione: ma altrimenti essendo la cosa, non va presa in considerazione (36).

C, D) *Donazione e legato.*

Anche la donazione era un modo di costituire il diritto di superficie, come pure il legato.

« Sed et tradi posse intelligendum est, ut (et) legari et donari possit » (l 1, § 7 h. t)

V'hanno poi testi che riguardano specialmente il legato di superficie: lo stesso **Ulpiano** autore del frammento su riportato dice:

« Heres cogitur legati praedii solvere vectigal præteritum, vel **solarium** » (l. 39 § 5 D. *de legatis* I (XXX): e **Giuliano** nella l. 86 eod.

« Valet legatum si *superficies legata sit*, nam consequetur ut hac servitute liberetur et superficiem lucrifaciat ».

(34) *De adip. ret. et rec. poss — De ret. poss.* rem. IV.

(35) **Accursio** dice a questo proposito: « Qualiter dignoscitur emptor a conductore? — Resp. prætium et mercedis quantitas facit discerni » E **Bartolo** (op. e loc. cit.) spiega: « Pretium intelligo, quum solvitur una summa semel: mercedis quantitas, quum solvitur annua » Cf. anche **Donello** op. e loc. cit.

(36) Come pure è poco men che risibile la conseguenza che trae quell'autore dalla sua falsa teoria: che cioè sia necessario pel contratto di superficie ch'esso sia redatto in iscritto; perchè « suivant les termes employés dans l'acte, la situation du superficiaire puisse se trouver completement changée ».

Riguardo alla donazione non v'è nulla da dire di speciale: valgono per essa le cose dette innanzi a proposito della compra vendita, se ne eccettui il pagamento del prezzo.

La controversia grave che si agita è intorno all'acquisto della superficie per legato: se cioè esso avvenga *ipso jure*, o soltanto dopo che il legatario abbia dichiarato di volere accettare e assumere l'obbligo di pagare il *solarium* che vi fosse inerente.

Donello (loc. cit.) **Niogolewski** (p. 35 n. 1) **Degenkolb** (p. 40) sono per l'ultima opinione: il **Wächter** (p. 99, 100), e il **Windscheid** (§ 223 n. 12) sono per la prima. E invero la ragione migliore, apportata dal **Donello**, che essendo il legatario obbligato a una prestazione, il legato deve considerarsi fatto sotto la condizione « si legatarius voluerit », non è sufficiente a far derogare alla regola generale che l'acquisto de' legati avviene *ipso jure*. Un cosiffatto legato deve considerarsi piuttosto (come notava il **Wächter**) come costituito *sub modo:* il diritto s'acquista *ipso jure:* ma si perde, se il *modus* non s'adempie.

E) Tradizione?

È necessaria la tradizione per acquistare il diritto di superficie?

Gli antichi scrittori i quali ritenevano necessaria la tradizione per l'acquisto delle servitú, opinarono quasi concordemente che fosse necessaria anche per la superficie (37). Secondo **Fabre** (38) tale necessità non vi sarebbe stata nè per i legati, nè per le donazioni: le parole di **Ulpiano** (« sed et tradi posse intelligendum est, ut legari et donari possit ») sarebbero poste *ad exprimendam elegantem antithesim*, l'antitesi tra il *tradi* da una parte e il *donari* e il *legari* dall'altra. Nel legato non ve ne sarebbe bisogno: perchè il diritto s'acquista ipso jure; nè nelle donazioni perchè « et donationes quædam sunt quae ad exemplum legatorum capiuntur, nec proinde ullam traditionem exigunt, de quibus in l. 2 D. de pub. l. 15, 17, 37 C. de mort. caus. don » e le parole d'Ulpiano dovrebbero perciò leggersi non *ut* ma *et legari*.

Ma oggi che si nega la necessità della tradizione per le servitù, (39) si nega ancora giustamente per la superficie, nè sono da

(37) **Lauterbach**, op. cit. n. IX, **Donello**, op. e loc. cit. **Hellfed**, *Juris. forensis.* § 1856-1858.

(38) *De er. prag.* dec. 74 er. V.

(39) **Windscheid**, *Pandekten* § 212 nota 1 e i molti autori che cita.

fare distinzioni di sorta. E invero nessun testo impone la necessità della tradizione. Il § 7 della legge 1 h. t. decide a favore della seconda anzi che della prima opinione: ivi si parla del *tradi*, come uno de' modi d' acquisto « *et tradi* », e, inoltre di mera possibilità « et tradi *posse* », non già come d' un estremo necessario; che anzi un argomento a contrario può trarsi dal § 3 della stessa legge ove vien detto concedersi l' azione a *chi conduxit*, senz' altro.

Nè è meno infondata l'opinione di alcuni come l' **Heimbach**, (40) che volle distinguere il caso d' una superficie già esistente da quello in cui fosse ancora da formarsi. Nel primo sarebbe stata necessaria la tradizione, per analogia di ciò che segue nel trasferimento della proprietà, non nel secondo. Ma siffatta distinzione non è nè fondata in alcun testo nè su argomenti razionali. Si capirebbe invero la differenza e l' analogia con l' acquisto della proprietà, solo se la costituzione del diritto di superficie, quando l' edifizio è già esistente, importasse de' diritti di proprietà, o a questa più vicini, che non nell' altra ipotesi. Epperò giustamente la distinzione venne respinta (41).

F) Occupazione o legge?

Un modo singolare di acquistare il diritto di superficie s' incontra nelle fonti.

Il **Leyser** (loc. cit.) reputò che consistesse nella legge: ma ben riflettendo sui testi che ne parlano, mi sembra doversi pensare diversamente. E questo modo sarebbe l' occupazione del suolo pubblico fatta con la costruzione di un edifizio. Chi costruiva non poteva giammai acquistare il suolo sia per il principio dell' accessione, sia per la natura del suolo: gli era però concesso il godimento dell' edifizio coll' obbligo di pagare come *vectigal* il solarium.

Ulpiano nella l. 17 D. *ne quid in loc. pub.* XLIII, 8 dice:

« Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne urbs ruinis deformetur et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium: si tamen obstet id ædificium publico usui, utique is qui operibus publicis procurat, debebit id deponere: aut si non obstet, solarium ei imponere. vectigal enim hoc sic appellatur solarium ex eo quod pro solo pendatur ».

(40) op. cit. pag. 700.
(41) **Niegolewski**, p. 38. — **Wächter**, p. 62.

E a ciò si riferisce la prescrizione dell' imperatore **Giuliano**: « Pro ædibus quas nonnulli in solo reipublicæ extruxerunt, placitam prestare pensionem cogentur » (l. 1 C. *de div. præd. urb.* etc. XI, 69).

Così per il solo fatto dell' occupazione veniva a costituirsi un diritto di superficie a favore del costruttore, il quale però era obbligato a pagare il *solarium*, come se il suo diritto derivasse da concessione.

G) *Usucapione ?*

Lungamente discussa e contrariamente risoluta è la controversia se il diritto di superficie sia o no capace d' essere acquistato per usucapione.

Quelli che negano (42) si fondano specialmente sulla l. 26 D. *de usurp. et de usucap.* XLI, 3.

« Numquam superficies sine solo capi longo tempore potest » e sulla l. 12 § 2, 3 D. *de pub. actione* VI, 2.

« In vectigalibus et in aliis prædiis *quæ usucapi non possunt* Publiciana competit, si forte mihi bona fide tradita sunt. — Idem est et si *superficiariam insulam* a non domino bona fide emero ».

Ma in verità questi testi poco suffragano l' opinione negativa. Perchè nel primo non si parla del diritto di superficie, ma di superficie nel senso materiale di cosa che si trova al di sopra del suolo: e allora appar naturale che non si possa usucapire la superficie senza il suolo per la stessa ragione che non può vendersi l'*ædes* senza il terreno (l. 49 D. VI, 1) ne legare l' *ædificium* senza il fondo (l. 81 § 3 D. *de legatis* I). « Siquidem (nota giustamente lo **Schilter** (43) et civili et naturali ratione omnino necesse est, ut ad eum semper spectet superficies ad quem et solum: id tamen non aliter verum est, quam ubi superficies consideratur tamquam pars integralis ædium, non vero ubi tamquam species juris per se sola. Eadem ratione qua nec possum usumfructum causalem usucapere sine proprietate, et tamen formalem possum ». Ed anche l' altro testo, ch' è di maggior importanza, è per lo meno assai dubbio. Con

(42) **Fabro**, *De er. pragm.* dec. 64 er. III; **Du roi**, op. e loc. cit. **Niegolewski**, e gli autori che cita p. 39 n. 1. **De Crescenzio**, *Diritti reali.* Lez. litog. an. 1888.

(43) op. e loc. cit.

molto acume il **Franke** (44) ha dimostrato come le parole « *quæ usucapi non possunt* » si riferiscono a *prædia:* quindi si parla di usucapione di proprietà non di diritti: onde da quel testo non altro verrebbe proibita che l' usucapione de' fondi vettigali ecc. cioè della loro proprietà, non già quella dei diritti reali che possono sperimentarsi su di essi.

D'altra parte non v'ha argomenti abbastanza validi in favore di coloro che sostengono la possibilità dell'usucapione (45). Non hanno nessun testo esplicito da invocare a loro favore: nè vale richiamarsi alla l. 12 D. VI, 1 sopra riportata, argomentando dall' azione Pubbliciana all'usucapibilità. Poichè se è vero in generale che « hæc actio (Publiciana) *in his quæ usucapi non possunt, puta furtivis et in servo fugitivo, locum non habet* » (l. 12 § 4 eod.) si deve ritenere fatta un' eccezione per i casi contemplati nella stessa legge ne' paragrafi 2, 3. Poichè o s' interpetrino le parole *quæ usucapi non possunt* come riferentisi a *prædia* stessi, o invece a' diritti su di essi, non si potrà necessariamente disconoscere che i *prædia*, o i diritti di essi, secondo l' interpetrazione che si preferisca, siano anche l' oggetto della *Pubbliciana:* poichè la stessa parola *prædia* è soggetto così della proposizione « usucapi non possunt », che dell' altra « si bona fide tradita sunt ». Ha dunque essa un significato solo: quindi qualunque interpetrazione di prescelga, non si può disconoscere che ivi si tratta di una eccezione alla Pubbliciana: è falso dunque, in tale ipotesi, argomentare dalla Pubbliciana alla possibilità dell' usucapione. Acutissimamente **Fabre** (46) notava, che appunto perchè la Publiciana « non soleat dari alio colore . . . . quam quasi res iam sit usucapta, *non videbatur posse aptari ad ea prædia,* quæ quia revera sunt vectigalia, usucapi nullo modo possunt. Et hoc nimirum unum illud est propter quod necesse fuit, monere Paulum in his quoque prædiis vectigalibus superficiariis et aliis hujusmodi si qua sunt similia, Publicianam locum habere, *cum juris comunis regula resistere videretur* ».

Gli argomenti di analogia derivati da altri diritti reali cadono, quando s' abbia riguardo a' principj informatori del Diritto Romano.

(44) op. cit. Contro **Windscheid** § 199 n. 11, e 182, 5.

(45) **Schilter,** op. e loc. cit.; **Gesterding,** op. cit. p. 445; **Thibaut,** *Pandette* § 327; **Mülhenbruch,** *Doctr. Pand.* § 302; **Wächter,** § 11; **Windscheid,** § 223; **Serafini,** § 90.

(46) *De error. pragm.* dec. 64, er. I.

L' *usucapio* era un modo *civile* d'acquistare: il diritto di superficie invece era un diritto costituito *tuitione prætoris:* onde non gli potevano affatto convenire i modi d'acquisto proprj del *jus* civile. Quindi in mancanza di argomenti positivi nelle fonti a favore dell'usucapione, è da ritenere, come più conforme al sistema del Diritto romano, che non fosse stata possibile l'usucapione del diritto di superficie: mentre l'opinione contraria, essendo più consentanea a' principj di Diritto moderno, trova, come ne attesta il **Wächter,** più benevola accoglienza ne' paesi che si reggono ancora col Diritto Romano.

§. 3. *Oggetto del diritto di superficie.*

Quali cose potevano essere oggetto del diritto di superficie?

Le fonti non parlano che di *insula superficiaria*, di *ædes*, di *ædificium* come oggetto di superficie: senza però fare distinzione alcuna tra edifizio già costruito, e edifizio da costruirsi, con ammettere la possibilità del diritto di superficie solo nella seconda e non nella prima ipotesi, come da taluno si è preteso (1). Ciò prova soltanto che questo era il caso più frequente nella pratica, ma non si può dedurne che non fosse possibile il diritto di superficie sugli alberi, sulle piantagioni ed altre cose annesse al suolo (2).

Poteva avere per oggetto un piano d'un edifizio? Molto controversa è la risoluzione della questione. Ma a me pare che l'opinione affermativa sia ben fondata in ciò che lasciò scritto **Ulpiano.**

l. 3 § 7 D. *uti possidetis* XLIII, 17.

« Sed si supra ædes quas possideo, coenaculum sit in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse Labeo ait, non eum qui in cœnaculo moraretur, semper enim superficiem solo cedere. Plane si cœnaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo, videri non ab eo ædes possideri qui κρύπτας possideret, sed ab eo

(1) **Dernburg,** *Pandekten*, §. 259; **Degenkolb,** §. 9. Già **Lauterbach,** op. cit. n. IX aveva confutata quest' opinione contro alcuni contemporanei che la sostenevano. Conf. anche **Schilter,** op. e loc. cit.; e finalmente **Schmidt,** loc. cit. p. 143.

(2) Per l'affermativa: **Lauterbach,** n. 111, **Voet,** *Comm. ad Pandectas*, lib. 43, tit. 18; **Thibaut,** §. 320; **Mühlenbruch,** §. 302; **Dittmar,** pag. 46-51; **Windscheid,** §. 223. — Per la negativa: **Schilter,** loc. cit.; **Donello,** loc. cit., 16, §. 4; **Niegolewski,** p. 26-29; **Dernburg,** §. 259; **Helmbach,** op. cit.

cujus ædes supra κρύπτας essent: verum est hoc in eo qui aditum ex publico habuit. Ceterum *superficiarii* proprio interdicto et actionibus a prætore utentur: dominus autem soli tam adversus alium quam adversus *superficiarium*, potior erit interdicto uti possidetis: sed prætor *superficiarium* tuebitur secundum legem locationis: et ita Pomponius quoque probat ».

Senza entrare in discussioni erudite sul modo com'erano costruite le case a Roma, è certo che non sempre esse constarono di un sol piano, che anzi fu necessità costruirle a più piani, quando, diventata popolosa la città, non poteva il suolo bastare per tante case d'un piano solo (3). Ora per *cœnaculum* s'intendeva il piano superiore al terreno, al quale s'accedeva per mezzo di scale, e in cui si soleva cenare: la κρύπτα altro non poteva essere che il sotterraneo. Ciò premesso, l'ipotesi che si propone **Ulpiano** è questa: un tale possedeva una casa, ma nel piano superiore (*cœnaculo*) abitava un altro che pretendeva d'essere il padrone (*quasi dominus*): a chi dovea spettare l'interdetto *uti possidetis?* E si riferisce la risposta di Labeone, l'interdetto spettare a chi era in possesso di tutta la casa cioè a colui che possedeva il suolo, non a chi abitava nel cenacolo, benchè avesse l'*animus domini:* e ciò per il principio che la superficie cede al suolo, principio che importava il riconoscimento del possesso a chi possedeva l'ædes col suolo, e lo negava a chi abitava nel cenacolo. Ma diversamente (**Ulpiano** riferisce ancora l'opinione di **Labeone**) e in base agli stessi principj, si sarebbe dovuto decidere, se la casa invece di esser divisa in pian terreno e cenacolo fosse stata invece in κρύπτα, sotterraneo, e cenacolo che avesse entrata dal luogo pubblico. In tale ipotesi l'interdetto spetterebbe non a chi possedesse il sotterraneo, ma a chi *quasi dominus* possedesse il cenacolo, perchè questi sarebbe il possessore dell'intera casa: la ragione implicita si è che questi possederebbe ancora il suolo, e il sotterraneo si considera come dipendenza di esso. Fin qui dunque la controversia si suppone tra un *dominus ædium*, e uno che ne pretendeva la proprietà, *quasi (esset) dominus*, possessori de' diversi piani della casa. Per *quasi dominus* non può mica intendersi il superficiario, come molti erroneamente credettero (4), non riflettendo che se il *quasi dominus* fosse il superfi-

(3) V. **Brissonio,** *De signif. verb. Cœnaculum.*

(4) Il **Cujacio** (*Observ.* XIII, 27) negò che il quasi dominus fosse il superficiario allo scopo di confutare coloro che sul fondamento di quella legge ac-

ciario, non vi sarebbe stato luogo a controversia se gli spettasse o no l' interdetto *uti possidetis*, nè Ulpiano avrebbe accettato l' opinione di Labeone che in un caso gliel' accordava; perchè al superficiario competeva uno speciale interdetto; e non ricordando inoltre che in altro luogo delle fonti, dove del superficiario si parla chiaramente, questi anzi che *quasi dominus* è chiamato *quasi inquilinus* (l. 3 § 3 D. *de op. nov. nun.* XXXIX 1) e, ciò ch' è più, dallo stesso **Ulpiano.**

Ma dove si parla di superficiario è nell' ultima parte del paragrafo ch' è indubbiamente connesso colle antecedenti dalla parola *ceterum*. In essa si dice che il superficiario ha un proprio interdetto ed azioni concessegli dal Pretore, ma che il padrone del suolo può esercitare tanto contro il superficiario che contro un estraneo l' interdetto *uti pos.* Or di qual' altro superficiario quì è parola, se non di colui che ha un diritto di superficie sul *cœnaculum?* Solamente così si può intendere il collegamento dell' ultima parte del § 7 coll' antecedente. Il *quasi dominus* del cenacolo non può avere interdetto *uti possidetis* contro il *dominus ædium,* lo ha per eccezione, quando il cenacolo sia sopra il sotterraneo ed abbia entrata dal

cordavano al superficiario il dom. utile. Però non diede una plausibile interpetrazione di quelle parole. Egli credette che ivi si alludesse a uno speciale istituto giuridico ch' esisteva in Roma per quelli che abitavano insieme una sola casa costruita sul suolo pubblico, riferendosi al noto passo di Dionisio da noi ricordato. Ma giustamente il **Dittmar** p. 31 e seg. lo confutò: quest' autore però sostiene anch' esso parlarsi in quel luogo di superficiario.

Dalla falsa intelligenza dell' ipotesi fatta in quel frammento derivò pure l' opinione nella giurisprudenza pratica, che l' *int. uti pos.* spettasse all' inquilino del piano superiore *(cœnacularius)*, concorrendovi determinate condizioni. Ecco quel che sul proposito ne scrive **Carocio**, op. e loc. cit. qu. XIII; il quale dopo avere in genere affermato che *l' int. uti pos.* spetta al *dominus* non al *cœnacularius*, soggiunge: « Declaratur ut non procedat quando aliunde habeat aditum vel ex publico, vel ex privato, quia tunc cœnaculum non dicitur possideri a domino ædium vel soli, sed ab ipso coenaculario. . . . . Unde semper in practica cauti erimus, an coenaculum habeat aditum aliunde vel non . . . » Le condizioni poi, perchè il *coenacularius* potesse esercitare l' interdetto sarebbero state, secondo **Capicio** dec. 117, che quell' autore riferisce: « Primo quod cœnaculum substentetur ex duobus saltem lateribus super partem inferiorem. Secundum, quod aditus ad illud coenaculum per annos quinquaginta et ultra fuit ex tali loco, non ex parte inferiori et alia de quibus per eum ad quem recurras (*sic*) ».

luogo pubblico: ma il superficiario ha in ogni caso proprio interdetto ed azioni utili, benchè il proprietario della casa possa esercitare *l'uti pos.* Invece non vi sarebbe alcun senso, se per superficiario si dovesse intendere chi avea il diritto di superficie sulla casa intera (5).

A quest' interpetrazione non osta ciò che dice **Pomponio**, quello stesso che, secondo il testo citato, avrebbe riconosciuto i diritti del superficiario sul cenacolo (Pomponius hoc quoque probat.)

« Hoc quod dictum est de immissis, locum habet ex ædificio alio in aliud: aliter enim supra alienum ædificium superius habere nemo potest (l. 25 pr. D. *de serv. præd. urb.* VIII, 2) ». Poichè, com' è chiaro, in quest' ultimo frammento si nega soltanto la proprietà distinta di edifizii sovrapposti, non già il diritto di superficie su di un piano (6).

§. 4. *Diritti del superficiario.*

1) Il superficiario godeva della superficie nella maniera più ampia: il suo godimento non soffriva nemmeno il limite della *salva rerum substantia.* Ma poteva perciò distruggere l' edifizio? A me non par giusta l' affermativa (1).

S' oppone in prima la l. 39 § 2 D. *de dam. inf.*, XXXIX 2, in cui è detto che distrutta la superficie, il proprietario del suolo perdeva il diritto al *solarium.* Talchè concedere al superficiario anche il diritto di distruggere la superficie, sarebbe stato concedergli la facoltà di liberarsi, quando gli piacesse, della sua obbligazione, e in un modo così diverso dall' abbandono. Nè varrebbe il dire che quel diritto potrebbe competere, quando mancasse l'obbligo del *solarium.* Perchè, in ogni caso, quella facoltà si trova in opposizione con i principj del Diritto Romano. E di vero il *jus abutendi* non può concedersi che al solo *dominus*: ora non bisogna dimenticare che

(5) **Savigny**, *Possesso*, §. 23.

(6) Per l' affermativa **Niegolewski**, p. 27; **Wächter**, p. 10; contro: **Dernburg**, loc. cit. e **Schmidt**, loc. cit., pag. 140, il quale leggendo « ceterum superficiarii . . . *utetur* » fa soggetto di *utetur* chi possedesse la κρύπτα senza il suolo: costui dunque avrebbe il diritto di servirsi dlel' interdetto spettante al superficiario, al quale verrebbe equiparato. Ma questa interpetrazione non può accettarsi, come quella c' ha bisogno di un cambiamento ingiustificato del testo.

(1) L' affermano **Heimbach**, op. cit.; **Gesterding**, op. e loc. cit. p. 445; **Windscheid**, §. 223, n. 4; **Wächter**, §. 5.

per ampj che fossero i poteri del superficiario, egli non era mai *dominus*. *Dominus* dell' edifizio era il *dominus* del suolo: come dunque avrebbe potuto il superficiario distruggere ciò che non era suo, la *res aliena?* Nè varrebbe distinguere il caso dell' edifizio costruito dal superficiario a sue spese da quello già esistente prima della costituzione della superficie. Perchè niuna conseguenza rispetto al proprietario ne derivava; questi *jure accessionis* è proprietario sì dell' edifizio costruito a proprie spese che di quello costruito dal superficiario. **Gajo** in termini espliciti e decisivi, che non ammettono dubbio alcuno, ci lasciò detto: « *Superficiarias ædes* appellamus quæ in conducto solo positæ sunt, quarum *proprietas* et civili et naturali jure *ejus est cujus et solum* (l. 2 D. h. t.) Nè può valere per il Dir. Rom. ciò che dice il **Windscheid,** che cioè quel diritto è indubitato, se l' intento della concessione era che il superficiario dovesse diventare *proprietario* dell' edifizio: nè può valere nemmeno ciò che afferma il **Wächter,** che tal diritto non possa negarsi, quando la superficie sia costituita per compra in modo che il prezzo abbia compensato le spese fatte dal proprietario, o per donazione e legato senza limite alcuno: poichè sì la compra che la donazione e il legato sono compra donazione o legato non dell' edifizio, ma del diritto di superficie. Finalmente è bene notare che la nostra conclusione non contraddice a ciò che abbiam detto in principio, non esservi per il superficiario l' obbligo di conservare la sostanza della cosa. Questo obbligo importa qualcosa di più che quello di non distruggere: importa il dovere di non mutare lo stato delle cose, di non trasformarlo, riguarda insomma non l' *esistenza* della cosa ma il suo *modo* sostanziale di essere. Il superficiario quindi potrà abbellire, ampliare l' edifizio già esistente, destinarlo ad altro uso da quello a cui già serviva ne' limiti non concessi all' usufruttuario, convertire il nudo suolo in terreno edificato, quando la superficie non esista (ciò che è necessario per l' esercizio del suo diritto e non sarebbe permesso a chi ha l' usufrutto d' un' area): ma da tutto ciò non consegue che egli possa distruggere l' oggetto stesso del suo diritto.

2) Ha la facoltà di alienare il suo diritto, di darlo in pegno, di costituirvi una specie d' uso e d' usufrutto. Questi poteri si rilevano dal § 6, e 7 della l. 1 D. h. t.

« Quia autem in rem actio de superficie dabitur pignori quoque superficiem dari (secondo la volgata lezione « petitori quoque in superficiem dari »), et quasi usumfructum sive usum quemdam ejus esse, et constitui posse per utiles actiones credendum est.

« Sed et tradi posse intelligendum est, et (ut) legari et donari possit ».

Ma bisogna intrattenerci alquanto su questo frammento, perchè aspre controversie si sono dibattute intorno.

E in prima, riguardo all' alienazione. Era necessario che il superficiario compisse la tradizione per trasmettere il suo diritto? Anche tra quelli che ritengono non necessaria la tradizione per costituire il diritto di superficie, v' ha chi poi la crede necessaria, quando si tratti di trasmetterlo, già costituito, (2) fondandosi sulle ultime parole del frammento: « et *tradi* posse . . . . ut etc » Ma, anche senza accettare l' emendamento di **Fabro**, cangiando l' *ut* in *et*, è chiaro che ivi non è imposto l' obbligo della tradizione; ma si parla di una *facoltà* concessa al superficiario, di una mera possibilità.

Il superficiario può alienare il suo diritto con qualunque modo, mediante vendita, locazione, donazione, legato. E ciò a differenza dell' usufruttuario per la ragione notata da **Bartolo** (loc. cit.) « Ratio est ista quia ususfructus cohæret personæ, et ideo a persona non potest separari. Alius est enim ususfructus in persona tua, alius in persona mea . . . . secus in superficiem, quia eadem est superficies penes quemcumque vadat ». Però non v' ha ragione d' ammettere alcuni modi ed escluderne tal' altri, come fece lo stesso **Bartolo**, che disse: « Fateor *quod non potest vendi*, sed donari et legari . . . vel locari eo modo quo ipse habet », senz' addurne ragioni, ma indotto soltanto dall' analogia coll' enfiteusi, la quale non poteva essere venduta senza consenso del proprietario (l. 3 C. *de jure emph.* IV 66). Ma giustamente il **Fabro** (3) lo confutò, osservando che le parole d' Ulpiano sono generali e comprendono anche il vendere, e che del resto il pretore dovea tutelare tutti i patti conchiusi dal superficiario, come se fossero stati fatti dal proprietario: e ciò « non tam in favorem posterioris superficiarii quam in utilitatem prioris, qui utique ita posito jure per Prætorem facilius inventurus est cum quibus ad commodum suum contrahat, quam si jus suum in alium transferre prohiberetur ».

Ma era possibile l' alienazione *irrequisito domino*? Alcuni (4)

(2) **Windscheid,** §. 223.

(3) *De error. pragm.* dec. 64 er. VII.

(4) **Carocii,** *Loc. et cond. De superf.* qu. V che cita **Soc.** *Cons.* 207 in fin. lib. 2.; **Afflict.** dec. 227; **Aret.** in §. fin. Ist. de loc. cond.; **Jas.** in 1. fin. q. 18, n. 13. Cod. de jure emph.

sostennero di no. **Bartolo** volle fare una distinzione non fondata in alcun testo: distinse il caso che il superficiario fosse obbligato al *solarium* da quello che non fosse: e solo in quest' ultimo credette esservi diritto ad alienare *irrequisito domino*, non nel primo. E lui seguirono molti, tra i quali il **Valascio** (5), il **Fulgineo** (6). Il **Leyser** (7) finalmente volle con una sottigliezza conciliare il diritto delle fonti con l' esigenze della pratica e gli usi del foro del tempo suo.

Il superficiario avrebbe avuto la facoltà di alienare *irrequisito domino*, ma se l' avesse fatto, sarebbe potuto decadere dal suo diritto, quando al proprietario l' alienazione fosse spiaciuta: « Priorem adfirmare, posteriorem negare sine assurditate licet, . . . Ego itaque existimo peccare superficiarium qui superficiem sine domini consensu in alterum transfert, atque eum, in quem ille jus suum transtulit, cogi posse ut domino se sistat, seque ab eo recipi flagitet. Objicitur lex 1 §. 7 D. de sup. . . . Verum ut cum philosophis loquar, unius positio non est alterius exclusio. Interest domini non minus in superficie quam in emphyteusi scire quis in posterum in solo suo habitare, sibique quotannis pensionem persolvere debeat. Interest ipsius magnopere ne colonus inidoneus, ganeo rixosus, obaeratus, maleficus invito sibi obtrudatur. Certior itaque ante receptionem de persona recipienda reddendus est ut dispicere queat, consultumne sibi sit, talem qualis offertur suscipere ».

Però anche tra gli antichi quelli che più si attennero a' principj puri del Dir. Rom., come **Fabro** (8) e **Donello** (9), negarono che vi fosse in alcun caso bisogno d' interpellare il padrone: e questa è l' opinione de' moderni scrittori ch' è la sola vera.

La superficie può darsi in pegno o ipoteca. Questa facoltà si fonda non solo nel principio generale. « cum quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere possit » (l. 9 §. 1 D. *de pign. et hyp.* XX, 1) ma anche nel frammento di **Paolo** (l. 16 D. *de pign. act.* XIII, 7) « Etiam vectigale prædium pignori dari potest, sed et *superficiarium*, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur » e nello stesso testo di **Ulpiano** che

(5) loc. cit.

(6) *Tract. de jure emph. Prelud.* qu. 12. Agg. **Redoani**, *De reb. eccl. non al.* (ne' *Tract. tractatuum*, v. XV p. 2.ª, fol 526, n. 7).

(7) *Med. ad Pandectas* spec. 509 (vol. 7).

(8) *De error.* dec. 64 er. 7.

(9) op. e loc. cit.

sopra abbiamo riportato. Ma perchè non tutti accolgono la lezione da noi accettata, ma invece la comune « petitori quoque in superficiem dari », è necessario soffermarci alquanto.

È evidente come per la comune lezione quel frammento sia addirittura indecifrabile: « Nihil autem (diceva **Fabro**) (10) in toto eo titulo tam difficile est, quam quod scriptum est in l. 1 §. quia autem ». Invano la Glossa s'era ingegnata di dare una plausibile spiegazione, interpetrando la parola « *petitori* » per « superficiario »; perchè restava sempre a domandare: se le parole « quia autem in rem actio de superficie dabitur » non hanno altro senso, se non che il superficiario ha l'azione reale, che cosa altro si sarebbe detto colle seguenti « petitori etc. » se non lo stesso? E che sorta d'illazione era codesta: « quia actio de superficie datur, ideo datur petitori » come se ad altri che al *petitor* si fosse potuto concedere l'azione reale? **Bartolo** pensò meglio scansare la questione che affrontarla « Ille §. (egli dice) legitur in glossa pluribus modis, quia diversitas lecturarum non est propter aliquam contrarietatem, sed quia textus est intricatus; *unde tene quod vis* ». Fu solo il **Fabro** (11) che col suo solito acume distrigò l'arruffata matassa. Egli pensò che il testo fosse corrotto, e credette perciò necessario correggere la parola « *petitori* » in « *pignori* », e sopprimere la parola « in ». Così emendato, il testo d'**Ulpiano** riesce limpido, chiaro e logicamente coerente. **Ulpiano** viene in tal modo a trarre le conseguenze di ciò che innanzi avea detto: competere al superficiario l'azione reale, quindi la superficie potersi dare in pegno, in usufrutto, ecc. Non tutti però vollero accettare l'emendamento, e l'**Hilliger** (12) e lo **Schilter** (13) che lo seguì e spiegò, ritennero che il testo fosse capace di logica interpetrazione, anche senza punto correggerlo. Secondo loro, l'*actio in superficiem* sarebbe stata un'azione speciale, diversa dall'*actio de superficie*, competente al superficiario. Il quale avrebbe avuto non solo l'azione in *ipsam rem*, ma molto più facilmente

(10) op. cit., dec. 64 eg. III.

(11) op. cit. dec. 64 er. IV.

(12) *Ad Donellum* lib. IX, cap. 17, lit. C.

(13) op. e loc. cit. Anche il **Pothier** *(Pandectæ justinianeæ* h. t.*)* non corregge il testo e spiega: « Idest quemadmodum superficiem, ita etiam utilibus actionibus persequi poterunt jus quoddam ususfructus aut usus in hac superficie hi quibus hoc jus superficiarius constituerit ». Ma, evidentemente, tale interpetrazione travisa completamente il testo.

un' altra azione speciale contro il proprietario, quando volesse agire per la nuda superficie piuttosto che per la cosa stessa, o, come spiega lo **Schilter**, per la nuda area piuttosto che per l' edifizio. E forse essi volevano intendere che l' *ac. de superficie* spettasse quando la *superficies* esistesse, l' *a. in superficiem* quando si trattasse di ottenere l' area per edificarvi. Ma in ogni modo si espressero così oscuramente, perchè essi stessi forse non intendevano pienamente ciò che dicevano, da non potersi ricavare un buon costrutto dalla loro interpetrazione, la quale del resto è sofistica e fondata su un gioco di parole indegno dell' eleganza e della chiarezza solita di Ulpiano. Perciò i moderni hanno accolto più volentieri l' emendazione di **Fabre** (14).

E con tale emendazione si rende ancor chiaro il frammento per ciò che riguarda il diritto di costituire l' uso o l' usufrutto sulla superficie.

Tutti gli scrittori in generale riconobbero essersi in quel frammento attribuito il diritto di costituire l' uso e l' usufrutto sulla superficie.

Ma giustamente lo **Schilter** notava che in tal modo il frammento si rendeva poco intelligibile, perché avrebbe detto questo: perchè il superficiario ha un' azione reale come se fosse proprietario, ha perciò un uso e un usufrutto, e può costituire quest' uso e quasi usufrutto *(esse et constitui)*. Ora se il superficiario ha un diritto così ampio, non solo è troppo poco dire che egli ha un quasi usufrutto, ma ancora mal si vede la connessione delle parole: « et constitui posse » colle antecedenti. Onde per isciogliere la difficoltà ch' egli stesso si creava, ritenne che il giureconsulto avesse inteso dire: « non solum in rem actio de superficie tuenda, sed et datur quædam utilis vindicatio petitori in superficiem, quasi quemdam usumfructum sive usum soli » Talchè Ulpiano avrebbe definita così la natura del diritto di superficie. E perciò lo **Schilter** con rigore di logica formalistica volle contro la comune opinione negare il diritto del superficiario a costituire uso o usufrutto. E lo fece con una serie di argomentazioni così sofistiche da disgradarne il più cavilloso legulejo. Così disse che l' usufrutto poteva costituirsi dal solo proprietario; che la superficie essendo anch' essa un *jus utendi fruendi*, si sarebbe avuto l' usu-

(14) **Degenkolb**, op. cit. p. 96; e gli autori che cita. **Wächter**, p. 38 n. 7; **Niegolewski**, p. 62; **Maynz**, *Droit romain*, §. 152 e **Schmidt**, loc. cit. p. 161 nota 7. Il Büchel cit. dall' **Heimbach** sostiene l' interpetrazione di **Hilliger** e **Schilter**.

frutto dell' usufrutto: che non si dà usufrutto di cose incorporali ecc. ragioni che noi ci passeremo dal confutare, perchè chiaramente erronee.

Ma coll' emendamento del **Fabro**, è chiaro che Ulpiano, parlando de' diritti del superficiario annovera tra essi anche quello di costituire l' uso e l' usufrutto. Onde **Fabro** interpetra così, facendo dipendere tutti gl' infiniti da *credendum est*, e non separando *esse* da *constitui*, ma riferendoli entrambi a *posse:* « Ac si scriptum esset, posse quasi usumfructum, sive usum quemdam esse in superficie, et constitui posse a superficiario, idest posse esse per constitutionem a superficiario factam » (15).

Ma perchè Ulpiano parla di **quasi** *usumfructum*, e *usum* **quemdam**? La ragione ci è data dallo stesso **Fabro** (loc. cit.); ed è che, secondo il Diritto romano, l' usufrutto e l' uso non potevano costituirsi che dal solo *dominus*, ond' era detto *pars dominii* (l. 4 D. *de usuf.* VII, 1): ma il superficiario non era *dominus:* ond' è che l' uso e l' usufrutto avevano efficacia soltanto *tuitione prœtoris.* Così ancora il superficiario aveva il diritto di costituire delle servitù, che avevano anch' esse, come l' uso e l' usufrutto, efficacia soltànto *tuitione prœtoris.*

Ulpiano, continuando l' enumerazione de' diritti del superficiario, ce lo dice chiaramente (l. 1 §. 9, D. h. t.).

« Servitutes quoque *praetorio jure* constituuntur, et ipsæ ad exemplum earum quæ, ipso jure constitutæ sunt, utilibus actionibus petentur: sed et interdictum de his utile competit ».

Però le servitù costituite dal superficiario debbono necessariamente essere di quelle che in *superficie consistunt:* non possono essere imposte sul suolo ma solo sull' edifizio, a differenza delle servitù imposte dall' enfiteuta (16). È naturale che cessando il diritto del superficiario si risolvono anche i diritti da lui concessi.

Il superficiario, come poteva alienare tra vivi il suo diritto, così poteva trasmetterlo anche per legato, o in eredità testata o intestata. **Ulpiano** stesso, parlando dell'*a. familiœ erciscundœ,* fa il caso che si trovino nell' asse da dividersi predii superficiarii.

(15) *De error. prag.* dec. 64 er. V.

(16) Non é accettabile l' opinione di **Duareno** (Opera in tit. I de serv. ad l. 3) che vuole in questa legge trovare il diritto del superficiario a costituire le servitù, perchè ivi la parola *superficies* è usata nel senso di edifizio materiale. Contro di quest' opinione si spiegò anche il **Marano**, *Paratitla* lib. VIII tit. 1 (pag. 132, b; ediz. *Trajecti ad Rhenum* 1741).

« Item prædia quæ nostri patrimonii sunt, sed et vectigalia vel *superficiaria* » (l. 10 D. *fam. erc.* X. 2).

§. 5. *Interdetti ed azioni.*

Prima dell'editto del Pretore, il superficiario non aveva altra azione per far valere i suoi diritti, che quella personale derivante dal contratto (*actio conducti*, *actio empti*). Possessore era soltanto il proprietario, e il superficiario non era che detentore *nomine alieno*, onde niun rimedio possessorio gli competeva. Perciò per agire contro i terzi avea diritto di costringere il proprietario a cedere le sue azioni.

Ulpiano chiaramente espone qual'era il diritto vigente prima dell'editto del Pretore:

« Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est, nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest. Etenim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur. Sin autem ab alio prohibeatur, præstare ei actiones suas debet dominus et cedere ».

Ma il Pretore per evitare l'incertezza dei diritti, e dare una più efficace tutela concesse uno speciale interdetto e le azioni utili in rem. **Ulpiano** continua:

« sed longe utile visum est (quia incertum erat an locati [locatio?] existeret, et quia melius est possidere quam in personam experiri) hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri ».

Parliamo prima dell'interdetto.

E qui ci è necessario determinare qual fosse la natura del possesso che il Pretore intendeva tutelare con codesto speciale interdetto. Gli antichi scrittori non andarono al fondo della questione ma si contentarono di darne un piccol cenno. Così v'ha chi, come il **Cujacio** (1) ritiene che il superficiario *possidet civiliter*, a differenza dell'usufruttuario: e chi, come l'**Erzio** (2), afferma ch'egli ha semplicemente la *possessio naturalis*, perchè gli manca l'*animus* e il *jus dominii*; ma poi fa una distinzione: « respectu extranei superficiarius pleno quidem jure possidet, verum minus pleno respectu domini, quippe ad modum concedentis determinato ». Gli

(1) In tit. XVI *De verb. sign.* ad l. 49 (op. vol. 8).
(2) Op. cit., § XVI.

scrittori moderni si son divisi anch' essi in due schiere, gli uni riconoscono nel superficiario la *corporis o rei possessio*, altri la *juris quasi possessio*: ma i primi non sono d' accordo tra loro in determinare quale sia la natura di questa *corporis possessio*, intendendo alcuni una vera *possessio civilis*, altri invece un possesso d' indole speciale. Cerchiamo di vedere quale opinione meriti preferenza.

L' opinione di chi riconosce nel superficiario una vera *corporis possessio* va subito respinta. Perchè tale possesso vi sia, è necessario l' *animus domini*: ora quest' animo mancava assolutamente al superficiario, perchè a lui non poteva spettare nemmeno la proprietà naturale: perchè, secondo **Gajo**, essa « et civili et *naturali* jure ejus est cujus et solum » (l. 2 D. h. t.) Si comprende che ammettano la *corporis possessio* quelli che considerano il diritto di superficie come una proprietà (*dominium utile*, proprietà bonitaria) ma non per quelli che riconoscono la sua natura di diritto reale. Invano per dimostrare possibile l' *animus domini* nel superficiario, si fa notare l' ampiezza e l' estensione de' suoi poteri (3), perchè questi, per grandi che siano, non arrivano mai a costituire il diritto di proprietà.

S' è invocata l' analogia dell' enfiteusi e del pegno: ma questa analogia non può menarsi buona in tutto, perchè in questi diritti al proprietario non sono permessi i rimedj possessorii che competono soltanto al creditore pignoratizio o all' enfiteuta; mentre nel diritto di superficie, se al superficiario competono interdetti speciali, pure è il proprietario che riman sempre possessore per tutti gli effetti, e conserva i rimedj ordinarj. Ciò si rileva chiaramente dalla L 3 §. 7 D. *uti poss.* XLIII, 17, sopra riportata, dove esplicitamente è detto, competere al proprietario l' *int. uti possidetis* contro lo stesso superficiario. Dunque la vera possessio corporis, l' ha il proprietario non il superficiario.

Invano taluni per sbarazzarsi di questo formidabile argomento han voluto sostenere che la specie considerata da **Ulpiano** fosse di un superficiario che accampasse pretese su una parte del suolo non occupata dall' edifizio, cioè fuor de' limiti del suo possesso (4). Interpretazione così strana e talmente ripugnante alle parole e al

(3) **Schroeter,** cit. dal **Savigny,** *Poss.* §. 9 aggiunta alla sesta edizione.

(4) **Guyot,** n. 93.

complesso del frammento, da render superflua una confutazione. Più speciosa poi, ma non più vera, è quella che dà il **Maynz** (5), il quale crede che nel caso considerato da **Ulpiano** il proprietario era possessore di *fatto* e di *diritto* della κρύπτα e del suolo, non avendo il superficiario che quello del solo cenacolo. Ma in verità in quel frammento si fanno due distinte ipotesi, quella del *quasi dominus*, e quella del superficiario: nella prima si distinguono espressamente due casi, i quali sono virtualmente compresi nella generalità della seconda: il caso cioè che il *quasi dominus* sia possessore del solo cenacolo, e quello in cui sia possessore e del cenacolo e del suolo. Dunque v' ha un caso in cui anche il superficiario è possessore di fatto del cenacolo e del suolo sopra la κρύπτα, eppur nondimeno n' è reputato possessore di diritto il proprietario che non ne aveva il possesso di fatto, e che non avrebbe avuto nemmeno il giuridico, se invece di superficiario si fosse trattato d' un *quasi dominus*.

Ma si può per ciò solo abbracciare l' opinione estrema che la superficie sia oggetto della *juris quasi possessio*? Il **Savigny** (6) con altrettanto ardore, quanta ne avea autorità, l' ha sostenuta partendo specialmente dall' analogia col diritto di servitù; poichè egli credeva la superficie non essere che una specie di servitù. E agli avversari che opponevano che non si trova mai nelle fonti l' espressione *quasi possidere* a proposito della superficie, il **Rudorff** (7) rispondeva che il vocabolo *frui* adoperato nella formula dell' interdetto non altro valeva a denotare che il *quasi possidere;* e lo attesterebbe un frammento di **Ulpiano** (frag. vatican. § 90) che parlando d' usufrutto contrappose al *possidere* il *frui*, e lo dimostrerebbe il fatto che **Ulpiano** stesso parlò dell' interdetto per l' usufrutto nello stesso luogo in cui parlò di quello per la superficie, cioè nel libro 10 ad Edictum: e fu solo l' opera de' compilatori che separò i due luoghi, mettendo il primo sotto il titolo *uti possidetis* (l. 4).

Ma i fautori della seconda opinione non han fatto comprendere come s' abbiano poi a intendere le parole di **Ulpiano** stesso che nella l. 1 D. h. t. parla di *possidere* (quia melius est *possidere* etc.: unum tantum requirit num etc. *possideat*: causam *possiden-*

(5) *Droit romain*, §. 152.
(6) Possesso loc. cit.
(7) Loc. cit.

di). E nella l. 13 §. 3 D. *de pign. et hyp.* XX, 1, **Marciano** dice: « Et in superficiariis legittime consistere creditor potest adversus quemlibet *possessorem*: sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit » (8). Questi frammenti bastano se non ad altro a distruggere la credenza che nelle fonti il *frui* sia contrapposto di *possidere*, e denoti la *quasi possessio*. Ora se ciò è, non può l' istituto della *quasi possessio* che nelle leggi romane avea carattere di diritto eccezionale, estendersi per analogia.

Di quale natura sarà stato dunque questo possesso tutelato da interdetti e che non era *possessio corporis*, nè *possessio juris?* Come conciliare i testi che attribuiscono il *possidere* al superficiario con quelli che l' attribuiscono al proprietario?

A me sembra che l' opinione intermedia seguita dal **Molitor** (9) e dal **Vangerow** (10) sia la sola giusta e sciolga tutte le difficoltà.

La *possessio* spettante al superficiario era una corporis possessio *utilis*, una *quasi* corporis possessio. Non poteva essere una vera *corporis possessio*, come quella spettante all' enfiteuta; perchè le azioni possessorie non erano concesse al *dominus enphyteuseos*, come invece erano al proprietario del suolo: nè una *juris possessio*, perchè la stessa azione reale che il superficiario aveva non era una *vindicatio juris*, come nella servitù, ma una **rei** *vindicatio utilis*.

E così tale opinione è coerente a tutto il complesso di principj che regolavano a Roma l' istituto della superficie: come v' erano delle azioni pel conseguimento della stessa cosa materiale, così interdetti che tendevano a tutelare il possesso anche materiale. Si spiega così come il proprietario del suolo avesse gl' interdetti possessori allo stesso modo che aveva la *rei vindicatio directa*: mentre al superficiario che aveva la *rei vindicatio utilis*, non poteva competere che un *utile uti possidetis*. E si spiega così l' introduzione di uno speciale interdetto, *exemplo*, come dice **Ulpiano**, dell' interdetto *uti possidetis*.

(8) Si citano ancora dal **Burchardi,** *Sistema* §. 176, n. 31, la l. 3 §. 7 D. 43, 17; la l. 15 §. 1 D. 11, 8. la l. 49 D. L, 16 e dal **Guyot,** loc. cit. a l. 1, §. 5, D, XLIII, 15 (16) la l. 3, §. 3, D, XXXIX, 1. Ma queste in verità sono poco o niente decisive.

(9) *Del possesso* ecc., §. 21.

(10) *Pandekten*, vol. I, §. 200.

Per tutelare adunque cosiffatto possesso, anomalo se vuolsi (ma non era tutto un'anomalia l'istituto della superficie?) fu concesso dal Pretore lo speciale interdetto *de superficiebus* che dall'*uti possidetis* in nulla differiva se non nel nome (11).

È stato disputato se per concedere l'interdetto fosse necessaria la *causæ cognitio*, e se potesse spettare anche a chi non avesse acquistato *ad non modicum tempus*. Ma stando alle parole di **Ulpiano** (l. 1 §. 3 D h. t.) è chiaro che il requisito del non modicum tempus era necessario solo per concedere l'azione:

« Quod ait Prætor, si *actio* de superficie postulabitur, causa cognita dabo, sic intelligendum est, ut si ad tempus quis superficiem conduxerit negetur ei *in rem actio*; et sane causa cognita, ei qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, *in rem actio* competit » (12).

Più difficile a risolvere è l'altra questione, perchè mentre stando alle parole della formola dell'interdetto « *Uti ex lege locationis* » pare necessaria la *causæ cognitio* (13): invece le parole d'Ulpiano che commentano l'Editto pare che recisamente lo escludano: « Tuetur itaque Prætor eum qui superficiem petit, veluti uti possidetis interdicto, *neque exigit ab eo quam causam possidendi habeat*, unum tantum requirit, num forte vi, clam, precario possideat » (l. 1 §. 2 D. h. t.)

Come si risolve l'apparente antinomia?

(11) Tutti gli antichi scrittori convengono che la ragione la quale impedì l'applicazione pura e semplice dell'*uti pos.* alla superficie fu ch'esso era stato introdotto solo per le *res soli*, sul fondamento della l. 3 D *ut. pos.* Cf. per tutti il **Roberti** nelle *Controversie* con Cujacio (Op. *Cujacii* vol. V, p. 181). lib. III, cap. 19; il quale scrive: « Int. ut. pos. in iis tantum rebus et possessionibus locum habere, quae sunt soli, idque de soli possessore scriptum esse *saepius inculcant juris auctores* ». — Nota lo **Schmidt**, op. cit., pag. 138-139 che la somiglianza dell'*int. uti poss.* con l'*int. de superf.* si scorge anche nella forma proibitoria, nella duplicità; e inoltre anche l'*int. de superf.* deve essere *in praesens relatum: fruimini* deve leggersi nella formola e non *fruemini*, secondo la lezione fiorentina, la quale non ha senso: perchè la formola poteva essere concepita in *præsens* o in *praeteritum*, non mai in *futurum*.

(12) Cf. **Fabro** error VIII dec. 64 contro **Menochio**; e **Meyer**, *Colleg. Argentoratense* (vol. 3°) lib. 43, t. 18.

(13) Su questo fondamento il **Puchta** *Ist.* loc. cit. ritenne che la causæ cognitio fosse necessaria anche per l'interdetto.

Uno degli antichi glossatori, **Rogerio**, disse la *causae cognitio* esser necessaria, trattandosi di tutelarsi contro le turbative del proprietario, non contro quelle d'un estraneo. Ma **Accursio** ripudiò tale spiegazione: perchè *dicit non probat:* e affermando esservi differenza tra *quam causam*, e *qualem causam*, ritenne che una *causa* era sempre richiesta in ogni modo (*sed certe imo videtur inquiri causa*): sarebbe però bastato che il superficiario avesse affermato di possedere come tale, senza provare se aveva preso a fitto o comprato (*sed satis est ut possideat ut superficiarius, et hoc asserat, non dico quod dicat conduxisse vel emisse*). **Bartolo** (loc. cit.) seguì **Rogerio**, ma il **Fabro** (14) lo confutò, osservando che, se il Pretore non promette l'interdetto se non a chi è superficiario, bisogna sempre provare questa qualità: quindi non potersi fare distinzione tra turbative del proprietario e quelle d'un estraneo (15). La differenza della *causæ cognitio* per l'azione e quella per l'interdetto starebbe in ciò, che per avere l'azione bisognava provare non solo il lungo tempo, ma anche l'acquisto *a domino*, mentre per l'interdetto non sarebbe stato necessario tutto questo (16). Passando sulle altre opinioni secondarie i più recenti scrittori, **Heimbach, Rudorff,** (17) e **Degenkolb** (18) han detto che la *causa possessionis* non era per sè stessa necessaria all'ammissione dell'interdetto: ma che riguarda solo i limiti posti dal contratto. Ora, siccome i limiti contrattuali possono interessare solo il proprietario, non già un terzo qualsiasi, l'opinione degli ultimi scrittori si riduce in sostanza a quella di **Rogerio**: che la *causæ cognitio* fosse stata necessaria, solo quando si fosse dovuto agire contro le turbative del proprietario, non già d'un terzo, al quale non può riguardare la *lex locationis*. E cosiffatta opinione mi sembra la sola giusta, come quella che mentre è conforme alle parole della formola « Uti ex *lege* locationis » d'altra parte scioglie la contraddizione, perchè **Ulpiano** avrebbe parlato della regola generale per cui la *causa possessionis* non è richiesta.

Dell'interdetto poi, è di per sè chiaro, il superficiario poteva avvalersi sì contro il proprietario, che contro il terzo. Il solo **Fa-**

(14) Op. cit. dec. 64 er. IX.
(15) **Guyot,** op. cit. n. 95.
(16) **Fabro,** op. cit. dec. 64, er. X.
(17) Op. e luoghi cit. dal **Deghekolb,** §. 1.
(18) Op. cit. §. 1.

bro (19), per troppo amor di sottigliezze, sostenne che spettasse solo contro le turbative del proprietario: — perchè nella formola sta scritto « alter ab altero », perchè l'interdetto è personale. — Ma giustamente gli opponeva lo **Schilter** (loc. cit.) che quella formola è adoperata anche nell'interdetto *uti possidetis*, che pure si può sperimentare contro un terzo; e che la natura personale dell'interdetto importa soltanto che non possa esercitarsi contro persona diversa dalla molestante, non già che non possa contro chi non è proprietario.

Oltre l'interdetto speciale *retinendae possessionis*, il superficiario aveva anche l'interdetto *unde vi* per ricuperare il possesso perduto. Lo stesso **Ulpiano** nella L. 1 §. 3 D. *de vi* XLIII, 16, dice:

« Proinde etsi *superficiaria insula* fuerit qua quis dejectus est, apparet interdicto locum fore ».

Nè per ottenere quest'interdetto era mai necessaria la *causæ cognitio*: e perchè tale condizione non è richiesta nelle fonti, e perchè, attesa la natura degl'interdetti restitutorj non potrebbero venir mai in questione i limiti contrattuali (20). Gli spettavano inoltre l'interdetto *de precario*, e gli speciali interdetti concernenti le servitù (l. 1 §. 9 D. h. t.)

Il superficiario aveva *utiliter* tutte le azioni reali competenti al proprietario; la *rei vindicatio* (21) quindi, la confessoria, la negatoria, la *communi dividundo*: la formola dell'editto è generale, e non ammette limitazione alcuna. « Si qua alia (22) actio de

(19) error IX dec. 64.

(20) **Guyot**, n. 96.

(21) La formula dell'azione non è riportata dalle fonti ma pare che debba essere stata concepita in *factum*. « Si paret superficiem secundum legem locationis, et conductionis ad A. Agerinm pertinere, etc. » Cf. **Pellat**, Comm. al lib. VI delle Pandette, tit. 3. citato dal **Guyot.**

(22) Perchè nella formola dell'Editto sta scritto: « **alia** *actio* » mentre antecedentemente non si parla che dell'interdetto? Avrebbe forse questo carattere petitorio? No: la vera ragione dell' « *alia* » si è che questa parola si riferisce alle altre azioni che nell'Editto venivano concesse prima di quella per la superficie, e con cui non avevano nulla da fare. **Ulpiano** per riportare le parole integrali dell'Editto, non tralasciò nemmeno quella parola « alia » che di per se, e senza relazione a ciò che non è riferito, non ha senso alcuno. Però lo stesso giureconsulto, commentando le parole del pretore, e ripetendole tralascia quella parola: « Quod ait Prætor: si *actio* de superficie postulabitur, etc. » Cf. **Schmidt** loc. cit. p. 149 nota.

superficie postulabitur, causa cognita, dabo. E inoltre **Ulpiano** ha cura di ricordarci espressamente l'*a. com. divid.* (l. 1 §. 1, D. h. t.) e le azioni concernenti le servitù (l. 1 §. 8 e 9, D h. t.):

« Et si duobus sit communis, etiam utile dividundo judicium dabimus. Servitutes quoque prætorio jure constituuntur; et ipsæ ad exemplum eorum quæ ipso jure constitutæ sunt, utilibus actionibus ·petentur, sed et interdictum de his utile competet ».

Aveva ancora diritto ad esercitare la *nunciatio novi operis*. Lo stesso **Ulpiano** ce ne lasciò ricordo:

l. 3 §. 3 D. *de op. nov. nunc.* XXXIX, 1

« Si ego superficiarius sim, et opus novum fiat a vicino, an possim nuntiare? movet quod quasi inquilinus sum. Sed praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et servitutum causa actio mihi dabitur, et operis novi nunciatio debet mihi concedi ».

Come ancora poteva chiedere la *cautio damni infecti*, come ci afferma lo stesso giureconsulto:

l. 13, §. 8, D. *de dam. inf.* XXXIX, 2.

« Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari, hodie constat ».

Il superficiario finalmente, benchè non fosse ammessa l'usucapione del diritto di superficie, avea l'azione Publiciana, com'è espressamente detto nella l. 12 *de pub. act.* VI 1, innanzi riferita. E l'avea non solo, se avesse acquistato la superficie da chi avesse creduto *dominus* e non era, come il **Fabro** (23) vuole, ma anche se da uno che credeva superficiario e non era tale. Il contrario parere del **Fabro** si fondò sulla falsa considerazione che solo nel primo caso potesse esservi buona fede, no nel secondo. « Nec enim fieri posset ut se dominum crederet is qui ab eo acquireret quem superficiarium esse putaret, cum nemo nesciat superficiarium non modo esse dominum, sed nec fieri unquam posse, quamdiu superficiarius manet ». Dalle quali parole si vede come il **Fabro** si fondi verosimilmente su uno di due presupposti falsi: o che cioè il caso contemplato in quella legge sia di acquisto di proprietà, il che assolutamente non può essere stante la chiarezza delle parole « si *superficiariam* insulam... emero », e perchè altrimenti non sarebbe a parlare di pubbliciana concessa al superficiario; oppure che il solo proprietario possa costituire la superficie. Ma se ciò non è vero, se anche un superficiario può validamente alienare il diritto

(23) error. III, dec. 64.

di superficie, chi l'abbia in buona fede acquistato da colui che si spacciava superficiario e non era, dovrà essere tutelato dalla Publiciana come chi abbia acquistato dal *non dominus*.

Ma perchè il superficiario potesse avvalersi d'una qualunque di queste azioni, era sempre richiesta la precedente *causae cognitio* (l. 1 §. 3 h. t.) Di cui obbietto era non solo il vedere se la superficie fosse stata acquistata *ad non modicum*, ma anche, come giustamente fu pensato dal **Fabre**, se l'acquisto fosse stato fatto *a domino*, oppur no. Altrimenti sarebbe stata senza significato nella ipotesi di acquisto per compra, donazione, legato, in cui il *non modicum tempus* non era richiesto: eppure le parole del Pretore poste nella formola generale dell'interdetto dovevano valere non solo per la locazione.

§. 6 *Obblighi del superficiario.*

1) E in prima egli deve pagare la *pensio* o *solarium* convenuto.

Ma è essenziale il *solarium*? Degli antichi scrittori niuno ha dubitato che no. Solo il **Dittmar**, il **Niegolewski**, e il **Degenkolb** han sostenuto il contrario, partendo dall'altro principio falso che la locazione si riscontrasse sempre nell'acquisto della superficie. Però essi asseriscono più che dimostrare. E limitandoci a parlare del **Degenkolb**, che cosa egli fa per dimostrare la sua asserzione che non v'ha superficie senza *solarium*? (Es gibt keine Superficies ohne Solarium, pag. 36). Sostiene in prima che non v'era altro modo di costituire la superficie che la locazione, e poi che alla locazione si riducono tutti gli altri ammessi da' giureconsulti, la vendita non solo ma e la donazione! Ma come mai la vendita e la donazione possono esser considerate tutt'uno con la locazione? Egli cerca di dimostrare così la sua tesi paradossale. Il *solarium* potrebb'essere anche una prestazione nominale; perchè suo scopo non è il compenso del godimento ma la semplice recognizione del dominio, onde la compra vendita e la donazione potrebbero considerarsi locazioni con un solario nominale. Quest'è il succo del suo inviluppato ragionamento. Ma giustamente osservava il **Wächter** (pag. 72, 74) che una prestazione nominale, appunto perchè tale, non è più il *solarium* o la *pensio* di cui parlano le fonti, (ein solche Nominalzins ist kein Solarium, sondern ein bloser Schein desselben). E come può ragionevolmente considerarsi locazione una do-

nazione anche accompagnata da una prestazione nominale o fittizia, se le fonti ci dicono proprio il contrario: « Si quis conduxerit uno nummo, conductio nulla est, quia *donationis* instar inducit » (l. 46, D. *loc. con.* XIX, 2)? La stessa iscrizione trovata a Pozzuoli, e di sopra riportata non ci parla di superficie e di *remissione del solario?* Poteva esservi dunque superficie senza solario. È vero che come compenso di tale remissione fu limitato il diritto alla vita del superficiario: ma tale equivalente non è certo il *solarium*, l' *annua pensio*, la prestazione periodica.

Il *solarium* era in recognizione del dominio, o soltanto in compenso del godimento? Il **Degenkolb**, coerentemente alla sua teoria, afferma ch'esso era in recognizione del dominio. Ma affermare che il *solarium* avesse questo scopo e che non fosse essenziale, come fece il **Donello** (loc. cit.), non si può senza contraddizione. Se il *solarium* fosse stato ricognizione del dominio, sarebbe stato sempre necessario, come nell'enfiteusi: ma non essendo essenziale, non poteva avere altra funzione che il compenso del godimento, come la *pensio* nella locazione ordinaria (1), o come si esprime il **Wächter**, (p. 88) la condizione per l'esercizio del diritto di superficie, il che sostanzialmente vale lo stesso.

Cessava l'obbligo del *solarium*, quando il godimento della superficie fosse reso impossibile? Negano alcuni per analogia dell'enfiteusi, ma un testo di **Pomponio** c'induce a ritenere il contrario:

l. 39 §. 2 *de damn. inf.* XXXIX, 2.

« Damni infecti stipulatio latius patet et ideo et qui superficiariam insulam habet, utilis est ea stipulatio, si quod in superficie damnum datum fuerit, et nihilominus et soli domino utilis est, si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur: *fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda* ».

E **Donello** (loc. cit.) ritiene che ciò sia conforme alla *lex locationis*: « Sed et pensionem non debet superficiarius non tantum si sublata erit superficies, sed etiam si per vim alienam aut alios casus frui superficie non licebit, tum enim ex generali lege conductionis ei cui frui non licet, pro eo tempore pensio remittitur ».

(1) Anche **Lauterbach**, loc. cit., n. XIII dice che il solario si paga « pro usu, aut in compensationem usus soli, in quo quis superficiem habet, canon vero tantum in recognitionem directi dominii ».

L'obbligo di pagare il *solarium* passa anche ai successori a titolo particolare. Nè è necessario per giustificarlo ricorrere al concetto dell'onere reale (*Reallast*) come taluni han fatto (2). Ritenendo che il solarium sia una condizione per l'esercizio del diritto di superficie, è chiaro che chiunque voglia esercitare questo diritto, sia tenuto al pagamento del *solarium*. Quest'interpretazione si fonda principalmente sulle

l. 16 e 17 D. *de pign. act.* XIII, 7

« Etiam vectigale prædium pignori dari potest, sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur. Sane divi Severus et Antoninus rescripserunt *ut sine deminutione mercedis soli obligabitur* ».

Ond'è evidente che il creditore per potere effettuare il suo diritto di pegno sulla superficie dovea pagare il *solarium* al proprietario.

2) Il superficiario è tenuto a pagare tutte le imposte e i carichi pubblici gravanti sul fondo. **Donello** l'ha negato, ma senza dirne la ragione. È vero che non v'ha alcuna prescrizione speciale nelle fonti, ma ciò si argomenta dagli stessi principj generali che governano la materia.

l. 2 C. *de annon. et tribut.* X, 16.

« Annonas is solvere debet qui possessiones tenet et fructus percipit ».

E poi non gravano gli stessi obblighi anche sull'usufruttuario, che ha diritti tanto minori del superficiario? (l. 7, 3, 2, D. *de usus et quem.* VII, 1).

3) Ha il superficiario l'obbligo di conservare la cosa da buon padre di famiglia? Alcuni l'han negato: ma pare che se nel superficiario non si ammette quest'obbligo, si viene indirettamente a concedergli il diritto di distruggere la cosa, e quindi di sottrarsi all'obbligo del solarium, diritto che come abbiam visto, non gli può spettare. Non ha l'obbligo però di migliorare: nè giova distinguere il caso che sia stata concessa la nuda area per costruire un edifizio da quello che sia stato concesso un edifizio già costruito, per ritenere che solo pel primo vi sia l'obbligo di migliorare, cioè di costruire l'edifizio. Siffatto obbligo può dipendere soltanto da una speciale convenzione: ma non può ritenersi come un dovere generale.

(2) **Pernice**, *Parerga*, p. 90 e seg. — **Dernburg**, *Pandekten* §. 259.

§. 7. *Diritti ed obblighi del proprietario.*

Il proprietario del suolo è proprietario ancora dell'edifizio, quand'anche costituito a spese del superficiario, e quand'anche questi avesse pagato il valore dell'edifizio esistente.

Egli conserva dunque tutte le azioni competenti al proprietario non solo per ciò che riguarda il suolo, ma anche la superficie: e queste azioni, come la *rei vindicatio*, può esercitarle non solo contro i terzi ma contro lo stesso superficiario. **Ulpiano** ci dice:

« Is autem in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione, *sed habet in rem qualem habet de solo.* Plane si *adversus superficiarium velit vindicare,* dicendum est exceptione utendum in factum data, etc. «. (1. 1 § 4 D. h. 1).

Nè solo ha le azioni ma anche gl'interdetti possessori, benchè taluno erroneamente interpetrando la l. 3 § 7 D. *uti poss.* XLIII, 17 l'abbia negato. Però lo stesso **Ulpiano** in quella legge dice chiaramente: « Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a prætore utentur: *dominus autem soli* tam adversus alium quam adversus *superficiarium potior erit interdicto uti possidetis* ».

Il proprietario inoltre conserva il diritto di godere del suolo compatibilmente al diritto del superficiario. Gode di tutte le accessioni naturali provenienti da alluvione, avulsione, isola nata nel fiume ecc.

Ha un'ipoteca tacita sulla superficie per garentia de' suoi diritti contro il superficiario? Il **Lauterbach** l'ha affermato sul fondamento della legge 17 D. *de pign. act.* XII, 7 sopra riferita, e della 1. 15 D. *qui potiores in pig.* XX. 4. « Etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest, ita tamen ut prior causa sit domini soli si non solvatur ei solarium ». Ma queste leggi che s'interpetrano vicendevolmente, non parlano d'un diritto di pegno, ma piuttosto del diritto del proprietario di esigere il solarium da chiunque volesse esercitare il diritto di superficie (1).

Sono ben pochi gli obblighi del proprietario e si riducono a lasciare godere il superficiario, secondo la legge della convenzione.

Un obbligo speciale, ch'è bene notare, e che ha insieme col superficiario, è quello di prestare la *cautio damni infecti* anche per i vizi dipendenti dall'edificio.

(1) **Wächter,** pag. 89, 90.

l. 9. § 4 D. *de danno infecto* XXXIX, 2.

« Quoties superficiaria insula vitiosa est, ***dominum et de soli et de ædifitii vitio repromittere,*** aut eum ad quem superficies pertinet, de utroque satisdare: quod si uterque cesset, vicinum in possessionem mittendum esse » (***Iulianus***).

Il quale obbligo è una conseguenza rigorosa, se vuolsi, ma logicamente dedotta dal principio che il proprietario del suolo non cessa di essere proprietario dell'edificio superficiario.

§. 8. *Estinzione della superficie.*

Le fonti non ci porgono alcun cenno delle cause d'estinzione del diritto di superficie: onde sono nate molte controversie, importanti per i tempi e i luoghi in cui il Diritto Romano ebbe vigore.

Tralasciando di parlare dell'estinzione della superficie per l'avveramento della condizione risolutiva, apposizione di termine finale, risoluzione del diritto del concedente, mutuo dissenso, ci limitiamo a toccare di quattro modi di estinzione più importanti e più discussi: rovina dell'edifizio, la prescrizione, l'abbandono, mancato pagamento del *solarium*.

1) Rovinato l'edifizio, si estingue interamente il diritto del superficiario? Si sono date tre risposte differenti, l'una affermativa, l'altra negativa, e la terza intermedia che distingue caso da caso. E per incominciare dall'ultima, **Bartolo** (loc. cit.) distinse il caso in cui vi fosse stata locazione del suolo da quello in cui fosse locata la superficie: solo nel primo caso la distruzione della superficie non importerebbe l'estinzione del diritto, perchè « adhuc remanet conductio soli » (1).

Il **Donello** (2) al contrario ritiene che sì nell'una che nell'altra ipotesi il diritto del superficiario viene a mancare in egual modo. Perchè quand'anche siasi acquistato semplicemente il diritto ad edificare, avviene che il concessionario « habuit superficiem sub conditione si ædificaret: cui conditioni paruit primum ædificando. Conditione simul expleta amplius ei parere non potest... Unde fit ut superficie sublata tollatur etiam soli conductio, quae propter superficiem contracta erat, ut necesse est, sublata causa, tolli effe-

(1) Cf. **Valasci,** *Quaest. jur. emph.* qu. 33.

(2) op. cit. cap. 18.

ctum ». (3). Che anzi **Donello** va ancora più in là, e sostiene esser nulla la convenzione che permetta al superficiario di ricostruire l'edifizio: il che in verità è un po' troppo. A tali conclusioni fu tratto il celebre giureconsulto dalla considerazione che la legge tende alla consolidazione della proprietà, e che in mancanza d'un testo espresso, non si può supporre una divisione perpetua de' diritti dominicali. Ma, a dir vero, tale argomentazione prova troppo; poichè allora dovrebbe anche negarsi che il diritto di superficie possa essere costituito in perpetuo. Ed è poi una risoluzione contraria alla verosimile intenzione delle parti, le quali concedendo e rispettivamente acquistando un diritto senza limite di tempo intesero riferirsi a una durata perpetua, oppure a una durata temporanea che dovrebbe aver fine non prima del termine stabilito, se questo fu posto. Nè può accettarsi la distinzione di **Bartolo**, perchè come abbiam visto, non v'ha niuna differenza tra locazione del suolo e locazione della superficie, e per l'identità della scopo che le parti si propongono e per l'identità delle norme giuridiche che le regolano: la differenza può risultare dall'intenzione de' contraenti, ma non può stabilirsi a priori, e in via generale. Riman dunque la prima opinione: il diritto di superficie non estinguersi colla rovina della superficie; il superficiario può innalzarne una nuova non solo quando la concessione sia stata perpetua, ma anche se temporanea, ove la rovina segua prima della scadenza del termine. Nè vale opporre la l. 39 §. 2 D. *de damm. inf.* la quale rettamente s'interpreta non già nel senso che il diritto di superficie s'estingua: ma che cessi l'obbligo di pagare il *solarium*, cessando il godimento (4).

2) Tutti sono d'accordo nel ritenere che il semplice non uso non basta di per sè, benchè prolungato per 30 o 40 anni a far

(3) Cf. anche **Puffendorf,** op. e loc. cit.; **Loyseau,** *De deguerpissement* n. 31 (*Oeuvres*. Lyon, 1701). **Degenkolb,** p. 49, 50; **Guyot,** n. 10 e **Schmidt,** loc. cit. p. 164.

(4) **Leyser,** op. e loc. cit. car. III; **Struvius,** *Jurisp Rom.* l. 2 tit. 12 §. 22; **Hertius,** op. cit. sez. I. §; XXI, e nelle note al **Puffendorf,** il quale sostiene che la superficie perisce colla rovina dell'edifizio. Ma « hoc verum est (risponde Erzio) si ita convenerit, ut de partibus Velaviæ testatur Fridericus a Sande ad Cons. feud. Gelriæ. Citra hoc pactum verius est contrarium, quoniam dum tempus nullum fuit additum, probabile non est constituentem ad primum ædificium respexisse ». **Niegolewski,** §. 9 p. 64; **Heimbach,** op. e loc. cit. n. IV p. 806; **Wächter,** §. 14 p. 116 e seg.

perdere il diritto di superficie. Osserva il **Wächter** (p. 112) che l'estinzione della servitù mediante semplice non uso è qualcosa di tanto particolare, che sarebbe più che pericoloso trasferire questa specie di prescrizione ad altri diritti reali. Ma la grave questione che si agita, è se l'*usucapio libertatis* possa avere efficacia di fare estinguere il diritto di superficie, questione che si fa anche a proposito del pegno e dell'enfiteusi. Il **Wächter** afferma non esser possibile che la semplice prescrizione dell'azione non quella del diritto: ma l'opinione dominante è contraria, fondandosi sulla l. 8 C. pr. e §. 1 *de praescri. XXX an.*, VII, 39. A stregua di questa (secondo il **Windscheid**) (5), come risulta da un irrefutabile argomento a contrario del §. 1, se la cosa ch'è oggetto del pegno è stata posseduta in buona fede per 10 o 20 anni e rispettivamente 30 o 40, l'azione ipotecaria è esclusa anche contro il terzo possessore di buona fede. Ora a spiegare ciò bastano solo i principi della prescrizione del diritto. E ciò che vale pel pegno vale per l'enfiteusi e la superficie. — Osserva inoltre lo stesso autore (6): se v'ha una prescrizione ch'elimina il diritto e non solo l'azione tanto di fronte al diritto superiore, alla proprietà, quanto di fronte all'inferiore, alla servitù, perchè non dovrebbe tale prescrizione aversi per il diritto medio, l'enfiteusi e la superficie?

3) Se il diritto di superficie fu acquistato senza alcun obbligo di *solarium* o pensio, non v'ha niun dubbio che il superficiario potesse abbandonare il suo diritto: e le fonti riconoscono questo modo di estinzione anche per l'usufrutto. Ma la questione nasce nel caso che vi sia l'obbligo del *solarium*. Alcuni affermano che l'abbandono non può essere modo di estinzione, distinguendo il diritto di godimento dall'obbligo di pagare il solario: ognuno può rinunciare al suo diritto, ma si resta sempre vincolati alla prestazione (7). Altri che concepirono il solario come un onere reale, dovettero, coerentemente, riconoscere la facoltà dell'abbandono come modo di liberarsi dall'obbligazione di pagare il *solarium*. Ma anche non accogliendo quel concetto, e considerando il *solarium* come una condizione dell'esercizio del diritto, un accessorio del diritto col quale sta e cade, è chiaro che il *solarium* non può es-

(5) **Pandette**, §. 248 n. 17.
(6) op. cit. §. 222 n. 4, e §. 223 n. 16.
(7) **Niegolewski**, §. 9 pag. 66.

sere d'ostacolo all' abbandono: cessando l'esercizio del diritto, cessa anche ciò che n'era condizione (8).

4) Si estingue il diritto di superficie per mancato pagamento del solarium? Alcuni antichi vollero applicare alla superficie le regole dell'enfiteusi, e credettero che se per tre anni consecutivi il solarium non fosse pagato, il proprietario avesse diritto alla devoluzione. Altri invece, applicando alla superficie le regole della locazione, reputarono risolversi il contratto di superficie, se non si fosse pagato per due anni sul fondamento della 1. §. 4 §. 1 D. *loc. cond.* XIX, 2 (9) o anche per un anno solo, secondo **Donello,** in base alla 1. 10 §. 1 D. *de pub. et vect.* XXXIX, 4. Ma per verità le regole dell'enfiteusi non possono applicarsi alla superficie per ciò che hanno di speciale, come il diritto di devoluzione; **Donello** stesso lo confessa (10): e nemmeno le regole della locazione; per la diversa natura del diritto che dipende dalla locazione ordinaria, e del diritto di superficie. Quello è un diritto d'obbligazione, questo invece è *in bonis*, nel patrimonio del titolare: (l. 49 D. *De verb. sign.* L. 16): ora se si comprende l'estinzione del primo, quando manchi il corrispettivo, non si comprende pel secondo il quale, entrato che sia nel patrimonio del titolare, à un'esistenza propria indipendente dal pagamento del solarium. Il quale non è che una condizione per l'esercizio del diritto: onde consegue, che mancando una tale condizione, l'esercizio del diritto verrà sospeso, ma non cesserà il diritto d'avere la sua esistenza (11).

§. 9. *Natura del diritto di superficie.*

Dall'esame finora fatto de' testi delle leggi romane si rileva come l'istituto della superficie sia una delle più ingegnose transazioni compiute dal Pretore tra il rigore del diritto civile e l'esigenze della vita pratica.

Il superficiario ha tutti i diritti del proprietario, ma non è proprietario: può godere della cosa come vuole, à l'azione di revindicazione e interdetti; il godimento non è legato alla persona, ma è alienabile e trasmissibile: che cosa dunque gli manca per

(8) **Lauterbach,** p. 120.
(9) L'ha sostenuto tra i moderni lo **Schmidt,** loc. cit. p. 155.
(10) **Wächter,** loc. cit. XXV e **Stryk** *Us. mod. Pandec.* loc. cit.
(11) **Wächter** p. 90 e seg.

esser proprietario? Nulla in fatto: ma è solo il riconoscimento giuridico che manca. Il diritto civile ha per canone inderogabile, conforme, secondo la credenza de' giureconsulti, anche alla ragion naturale, che solamente il proprietario del suolo può esser proprietario dell'edifizio costruitovi: solo costui adunque può avere un diritto assoluto sulla superficie, ancorchè da altri creata. Quindi, secondo il diritto civile, nessuna pretensione avrebbe potuto vantare chi avesse costruito sul suolo altrui, quand'anche col consenso del proprietario: altri diritti non poteva avere che quelli derivanti dalla convenzione, e di natura meramente personale.

Il Pretore perciò, correggendo, senza distruggere, il rigore di quel principio , accordava al superficiario un'azione reale: il diritto di superficie, benchè praticamente fosse equiparato alla proprietà, pure giuridicamente non era che un *jus in re aliena.* Una nota interna di contraddizione (com'è stato osservato) (1) distingue il diritto di superficie, una sproporzione cioè tra il suo scopo e la natura della sua effettuazione giuridica. Scopo infatti del superficiario è di avere la cosa per sè, d'averla come propria: ma la sua volontà non può realizzarsi pienamente, perchè urta col principio giuridico dell'unità inscindibile tra suolo e superficie, onde non gli riesce possibile che una parziale effettuazione, di avere cioè un *jus in re* soltanto. E tale contraddizione inerente all'istituto stesso si manifesta nelle parole de' medesimi giureconsulti, i quali quando hanno dinanzi alla mente i principj puri del diritto, parlano del proprietario del suolo come proprietario della superficie, e chiamano il diritto del superficiario un *jus in re*, una *servitus:* d'altra parte, quando pensano piuttosto a ciò che avviene nella realtà, li senti discorrere come se riconoscessero la proprietà del superficiario: « *si solum sit alterius, superficies alterius* (1. 9 §. 4 D. XXXIX, 2) » qui *superficiem in alieno solo habet* (l, 1 §. 1 h. t).

Dovendosi dunque definire l'indole del diritto di superficie nella legislazione romana, non si può disconoscere ch'esso altro non sia, nonostante la sua estensione, che un semplice *jus in re aliena.* E stesse fonti come tale l'hanno esplicitamente definito.

l. 19 pr. D. *de damn. inf.* XXXIX, 2.

« Sive domini sint, sive aliquod *in ea re jus* habeant, qualis est et creditor et fructuarius et *superficiarius* ».

(1) **Degenkolb,** §. 17;

La *res aliena* però, è bene notarlo, non era soltanto il *solum*, come a prima giunta si potrebbe credere, e come da taluni passi si potrebbe argomentare « (qui superficiem in *alieno solo habet*) ». La *res aliena* era la superficie stessa considerata come tutt'uno col suolo, poichè, come abbiam detto, non era concepibile la proprietà separata della superficie e del suolo.

Però, sebbene *jus in re aliena*, la superficie non può assomigliarsi a niuno degli altri diritti reali. È quindi opinione universalmente respinta quella del **Savigny** e già dagli antichi confutata (2) che la superficie sia una specie di servitù, e se non ebbe tale denominazione, fu perchè non era istituto di diritto civile. Perchè gravi ed essenziali sono le differenze tra la servitù reale specialmente e la superficie. Quella richiede l'esistenza di due fondi, in questa il fondo è unico, formando la superficie e il suolo un'unità indivisibile: quella non si può, di per sè sola, alienare, questa sì: quella non si può aggravare d'altre servitù, su questa invece il superficiario può imporre tutti quei pesi che vuole, e via discorri. Nè giova a quell'opinione l'autorità delle fonti, in cui talvolta la superficie vien domandata *servitus* (l. 86 §. 4 D. XXX, 1), essendo questa denominazione adoperata in senso generico di peso sulla cosa, di *jus in re;* perchè la *servitus* era il diritto reale per eccellenza.

Nè si può equiparare al diritto d'usufrutto e d'uso, essendo questi diritti limitati alla vita del concessionario.

È poi superfluo distinguere la superficie dall'enfiteusi, istituti che, pure avuta una comune origine, ebbero diverso svolgimento e indole diversa: ce ne intratterremo piuttosto a proposito del Diritto moderno.

Talchè da tutto quello che si è fin qui discorso si può conchiudere che il diritto di superficie era un *jus in re aliena*, alienabile e trasmissibile, consistente, in un godimento illimitato di una *superficies* del suolo altrui.

(2) **Brunnemann,** *Com. in Pand.* lib. 47, t. 19; **Lauterbach,** op. cit. n. V; **Coccej,** *Iuscivile controv.* l. 43, tit. 18 qu. 1 Cf. anche **Mülhenbruch,** § 302.

CAPO TERZO.

L'evoluzione del diritto di superficie nella legislazione intermedia.

§. 1. *Diritto comune.*

Il diritto di superficie restò come il pretore l'aveva regolato, nè ebbe ulteriore sviluppo, al contrario dell'enfiteusi. Perchè ciò? La ragione si ripone in quello che abbiam detto; cioè nell'insormontabile barriera che il principio di ragion civile — il proprietario del suolo essere anche proprietario della superficie — opponeva allo svolgimento di quell'istituto. Il Pretore avea fatto tutto ciò ch'era possibile compatibilmente all'esistenza di cosiffatto principio: ma perchè il diritto di superficie assumesse una indole propria e più rispondente alle pratiche esigenze cui era destinato a soddisfare, avrebbe dovuto disconoscere quel canone. Ma ciò non potendo seguire, perchè sorpassava i confini del potere pretorio, era naturale che l'istituto della superficie rimanesse stazionario, finchè i principi giuridici non vennero profondamente mutati.

E co' tempi nuovi, dopo le invasioni barbariche, un nuovo aspetto comincia ad avere il diritto di superficie: non però tale che lo trasfiguri dal primo interamente, ma che fa presentire una completa trasformazione.

Furono i Glossatori i quali badando più alla realtà delle cose che alle sottigliezze del Diritto Romano, considerarono la superficie, come l'enfiteusi, non più come un semplice *jus in re aliena*, ma come un *dominium utile*. Tale concetto fu accolto da quasi tutti i giuristi, da **Bartolo, Baldo, Lauterbach, Strykio, Menochio, Carocio, Hellfed, Valascio, Fulgineo,** sino a **Duroi** ne' tempi nostri. Invano i puristi del Diritto Romano, come **Cujacio, Donello** e **Fabro** si opposero a questa concezione: che se essi avevano piena ragione di considerarla assurda secondo le leggi romane, avevano il torto di sconoscere l'esigenze e le mutate condizioni della pratica, quando volevano applicare senza modificazione gli antichi principii romani alle idee giuridiche de' tempi nuovi.

Ed invero il *dominium utile* è qualcosa di diverso e di più del semplice *jus in re aliena:* esso è il diritto di proprietà, tranne alcune limitazioni, che spetta all'enfiteuta e al superficiario. E **Me-**

Loiseau (1) c'insegna che nel nuovo linguaggio giuridico, al contrario del romano, *proprietario* si appella non già chi ha il nudo dominio del suolo (*trefoncier*) ma chi à il dominio utile. « Sed apud nos (egli scrive) est e converso, quia dominus directus non dicitur proprietarius, nec habere proprietatem soli, sed solum dominium suum superius: Vassallus autem, censuarius vel emphyteuta dicitur habere *verum dominium vel proprietatem ipsius rei: Et hunc solum proprietarium vocamus.* Et est ratio quia dominium utile, quamdiu durat, vincit directum, eique præfertur, sicut utilis actio directae et ad dominium utile spectat immediata dispositio rei jure domini. Ad dominum autem directum non spectat nisi mediate et remote. Imo non dicitur habere potestatem et administrationem ipsius rei sed solum juris sui directi et potestatis dominicæ, cujus per se sumptæ vocatur proprietarius dumtaxat. Ed sic domini directi magis habent possessionem vel quasi et dominium jurium suorum, quam ipsius rei vel soli ».

Ma se poteva rettamente dirsi dominio utile quello dell'enfiteuta, perchè limitato da' diritti del domino diretto e specialmente dal canone; perchè considerare anche come dominio utile quello del superficiario, in cui queste limitazioni non v'erano, non essendo d'essenza nemmeno il solarium? Secondo me, la ragione sta in ciò che i giuristi medioevali dovendo regolare istituti nuovi con i vecchi principj Romani, li storcevano sì, ma non li sconoscevano del tutto, anzi si mostravano ad essi sempre ligi e in apparenza anche servili. Così pur avendo del diritto di superficie un concetto più conforme alla pratica, non potettero distruggere il principio dell'unità giuridica del suolo e della superficie, che presentavasi alla loro mente come immutabile, anche perchè di ragion naturale, e come tale l'aveva proclamato **Gajo**. In questo principio dunque dovettero essi vedere una limitazione alla proprietà del superficiario; onde il concetto del dominio utile.

Baldo (2) conforme a tale concetto, così definisce il contratto di superficie: — « Contractus superficiarius est quum dico, *vendo* tibi *vel domino*, superficiem talis fundi vel talis domus pro decem, et dabis mihi in recognitionem proprietatis unum nummum: vel etiam si non dent (*sic*) annua, naturae ejusdem est ».

(1) *Comm. in Consuetud. Parisienses* §. LV gl. 2, n. 2: Cf. anche eod. §. LXXXIII gl. IV, n. 4 (Opera vol. 1, f. 1500, ed Parigi 1658).

(2) In Codicem, *de jure emphyt.* in pr.

E **Bartolo** ancor meglio avea significato il distacco dal concetto romano puro, quando scrisse: « .... fateor quod superficies cedit solo *quoad directum dominium: sed utile potest competere superficiario*, quod tene menti propter quibusdam contractibus qui reperiuntur in civitate ista ».

Le quali parole ci attestano ancora che la superficie fosse frequente nel Medio evo. Come ce lo attesta ancora il **Fulgineo** (3) il quale dà anche il criterio pratico per distinguere l'enfiteusi dalla superficie: « Si in aliquo instrumento reperiretur: Titius concessit Cajo utile dominium talis rei iste non est contractus enphyteuticus, sed superficiarius, quia non est constituta annua pensio, quae praestatur in recognitionem dominii directi, ut requiritur in contractu emphyteutico ».

I contratti poi di cui **Bartolo** discorre, erano, secondo ch'egli stesso ci dice, concepiti in questi termini: « Refirmamus tibi in emphyteusim talem domum, videlicet solum jure emphyteutico, superficiem jure proprio ». — Benchè **Bartolo** opinasse che in tale ipotesi tutta la casa fosse enfiteutica in forza del noto principio, **Baldo** (4) invece sosteneva il contrario. E il **Caroccio** (5) che segue quest' ultima risoluzione, cerca di mostrare che non è in contraddizione con la l. 44 §. 1 D. *de O. et A.* XLIV, 7 la quale dichiara nulla la tradizione del suolo senza la superficie, poichè questa legge « procedit de rigore juris, secus de aequitate.... ». Inoltre « ille textus intelligitur respectu dominii directi, ut qui habet dominium directum soli, habeat in consequentiam et superficiei, secus quoad utile dominium quod est superficiarii ».

E **Paolo di Castro** (6) partendo appunto dal concetto dell' *utile dominium*, combatte l'opinione di chi equiparava alla *servitus* il diritto di superficie, ma con tali ragioni da togliere a questo diritto anche la natura di jus in re aliena: « Immo superficiarius non habet servitutem sed utile dominium, *quod est contrarium servituti;* nam **res mea** non potest mihi servire ». La superficie « non est servitus, sed potius est *praedium dominans* solo tuo, cum illud teneatur eam sustinere.... ».

(3) *Tract. de jure emphyteutic*, (*Praelud.* qu. 12).

(4) *In Cod. de jure emph.* in l. si domus: e, *de sacrosantis ecclesiis* auth. qui rem.

(5) Op. cit. *De superf.* qu. XII.

(6) *Op. In Dig. vetus*, ad l. 3 *de serv.* (fol. 215, n. 4, 5, 6).

Del resto le stesse regole del Diritto romano valsero nel diritto comune, salvo alcune estensioni e modificazioni. Così fu esteso il diritto di superficie alle piantagioni e seminagioni ecc. e fu ritenuta l'usucapione come modo legittimo d'acquisto.

Solamente, poichè il contratto di superficie era frequente e anche le Chiese lo adoperavano per i loro beni (onde la distinzione di superficie in secolare ed *ecclesiastica*) (7), s'introdussero alcune norme speciali per la superficie ecclesiastica. Così il diritto del superficiario non poteva mai esser alienato, si pagasse o no *solarium* (8). E a tal proposito si faceva sull'autorità di **Baldo** una scolastica distinzione: « quod in superficiario considerantur duo jura, unum formale, et interius quod cedi non potest, aliud extrinsecum, quod cedi potest » (9). In altri termini sarebbe stata possibile solo la cessione dell'esercizio del diritto non già del diritto stesso. Inoltre anche la locazione a breve tempo produceva il diritto reale di superficie, quando fosse fatta da una chiesa o da un corpo morale, a differenza di quelle fatte da privati (10).

Il diritto di superficie poteva anche essere concesso in feudo. Lo **Zasio** (11) parlando delle cose capaci di essere oggetto di feudo così scrive: « Potes etiam intelligere de aedificio, quod sine area sive solo in feudum concedi potest, ut est *superficies*..... Et dicit Claud. quod solum posset uno jure concedi, et superficies alio, ita tamen quod directum dominium apud dominum soli permaneat et utile dominium apud eum cui superficies conceditur ».

§ 2. *Diritto barbarico.*

Da ciò che s'è detto, discende che se il concetto del pretore Romano non fu corrispondente alla realtà delle cose, ma fu una transazione tra l'esigenze pratiche e il principio giuridico, il concetto de' giureconsulti medioevali fu molto in ciò superiore: ma anch'esso rappresentò una transazione tra le idee romane e le nuove, poichè quei giureconsulti non vollero ancora accettare il nuovo prin-

(7) **Hertius,** loc. cit. — **Redoani,** *De reb. eccl. non al.* (ne' *Tract. tractatuum* t. XV, p. 2ª) cap. 25).

(8) Cf. **Bartolo, Menochio** e **Carocii,** op. e loc. cit.

(9) **Carocii,** op. e loc. cit.

(10) **Bartolo,** loc. cit.

(11) *In usum feudorum epitome*, par. IV, n. 5.

cipio introdotto dal diritto de' barbari, quello della proprietà separata del suolo e della superficie.

E di vero, gli antichi germani non riconobbero il principio dell'accessione, ma invece quello del lavoro (1). L'edificio perciò non cedeva al suolo: era al contrario ammessa una vera proprietà della superficie distinta da quella del suolo. Il proprietario del suolo non era necessariamente proprietario dell'edifizio o della piantagione che si trovava su di esso; ma invece chi aveva costruito o piantato, o in altro modo ne avesse acquistato la proprietà separata dal suolo. Non vi fu quindi il bisogno di un diritto a somiglianza del *jus superficiei*, che realmente fosse un diritto di proprietà, e legalmente un *jus in re aliena*, nè di ricorrere al concetto del dominio utile: fu un concetto più semplice e più rispondente a verità quello accolto dalle leggi de' barbari — il diritto di proprietà sulla superficie — come già v'era un diritto di proprietà sul suolo.

Si legge in alcuni documenti: « dedimus vobis terram nostram circa ipsam casam vestram, quantum in ipsa clausura habemus..... cum solo ipsius casae, quae fuit Gualderani (Reg. Forf. II, 160, a. 794) ». La casa era stata già ceduta e ora si cedeva il suolo.

Così ancora si trova ceduta una terra.... « intus civitatem Reatinam, quae fuit solum de casa cujusdam Anserani praesbyteri etc. » Ed aggiungi gli altri esempi che il dottissimo **Schupfer** (2) riporta. Così si spiega come, finita la locazione, il conduttore potesse abbattere la casa che aveva costruita, e trasportarne il materiale, purchè non fosse in mala fede. Lo stesso valeva ancora per la seminagione, che spettava a chi l'avea fatta, purchè anch'egli non fosse in mala fede. Così ancora per le piantagioni; ci era una proprietà degli alberi distinta da quella del suolo su cui erano piantati.

Tale era dunque il diritto di superficie presso i popoli barbari: un diritto di proprietà distinta da quella del suolo: — ciò che il pretore Romano avrebbe riconosciuto, se avesse avuto il potere di sovvertire il diritto civile; ciò che avrebbero pensato col loro buon senso i giuristi medioevali, se avessero voluto romperla affatto colla tradizione romana.

(1) **Simoncelli,** *Il principio del lavoro* ec. (Riv. It. vol. VI).

(2) **Allodio,** n. 40 (Accessione).

§. 3. *Diritto delle città italiane.*

Negli Statuti de' Comuni italiani, se in molti di essi si trova accolto il principio romano dell' accessione, in altri si trova accettato il nuovo concetto de' barbari delle proprietà distinte.

Così per lo Statuto di Milano (1) l'edifizio fatto sul fondo livellare era dichiarato proprietà del livellario che lo avea fatto, onde su di esso era tenuto a pagare la *quarta uxoria*, la quale si pagava solo sulle cose proprie: « Mulier quartam dumtaxat de rebus propriis habere debet et non de libellariis et feudis.... Si vero terra fuerit libellaria sive beneficiaria, supra quam postea fuerit aedificatum, pro aedificio quarta praestabitur ».

Riguardo alle piantagioni, gli statuti di Belforte (lib. V p. 74 rub. 50), Camerino (lib. II, p. 54, rub. 87), Fermo (lib. III, p. 77, rub. 31), Pesaro (lib. II, p. 36, rub. 71), Todi (dist. IV, p. 112), rub. 45) dispongono che il proprietario del suolo non acquista per ciò solo la proprietà delle piantagioni, che altri vi faccia, il quale ne resta proprietario; ma un semplice diritto di compra dopo la stima de' periti.

Lo Statuto di Belfiore dice: « Item statuimus quod si quis habuerit aliquam arborem in possessione aliena teneatur ipsam arborem unam vel plures vendere illi cujus fuerit possessio pro justo prætio. Si vero inter se non esset concordes de prætio, tunc de dicto stetur dicto et declarationi duorum bonorum virorum eligendorum per ipsas partes, si autem ille cujus fuerit possessio nollet stare dicto et declarationi dictorum electorum, *tunc ille cujus fuerit arbor ipsam arborem habere, tenere, et fructare in dicta possessione possit, ipsamque cui voluerit vendere et alienare.*

Oltre a ciò in alcuni Statuti venne accolto il principio inverso del romano, il suolo cedeva all' edifizio, come negli Statuti di Ancona e di Verona (2).

Ius intraturae. Un diritto speciale molto analogo alla super-

(1) *De actione quae in rem pro quarta datur.*

(2) **Simoncelli,** op. cit.

Lo stesso principio « solum cedit edificio » avea accolto il Dir. canonico in favore delle chiese. V. la Glossa al can. *Apostolicos* XIII, qu. 2ª causa XII, Dec. Grat. p. 2ª; e il can. *quaesti*, LXI qu. 4ª caus. XVII Dec. Grat. p. 2ª.

ficie romana fu in Firenze il cosiddetto *jus intraturae*, diritto proprio de' mercanti (3).

Nel diritto d'entratura bisogna considerare due aspetti: per uno era il diritto di cedere e trasferire l'avviamento, come un miglioramento fatto nella bottega presa in fitto, a motivo della maggiore affluenza d'avventori che vi erano stati attirati: per l'altro (che solo a noi interessa) era il diritto di permanenza, *jus stantiandi* che s'acquistava dal conduttore nella bottega locata, quando vi avesse esercitato un'arte o industria per un certo numero d'anni; onde non vi poteva essere espulso se non ne' casi e modi stabiliti dagli statuti: — « Aliud est jus Intraturae seu avviamenti, aliud jus stantiandi in aliqua Apotheca. Ius intraturae seu avviamenti dicitur quod conductor, seu tenens Apothecam alicujus Artis consequitur ex hominum concursu, quem allicit ad dictam Apothecam emendi causa. — Ius autem stantiandi dicitur, quod quis ex continuo usu Apothecae, saltem per quinquennium acquirit, ne possit ab aliquo expelli, dummodo solvat eamdem pensionem » (4).

Tale diritto aveva evidente analogia colla superficie romana: la bottega era sempre del locatore, ma questi non avea il potere di espellere il conduttore il quale avea il diritto di rimanervi. Però il *jus stantiandi* non poteva essere ceduto senza la volontà del padrone. L'entratura cessava, quando la bottega fosse stata distrutta, ma risorgeva, se essa veniva di nuovo costruita. Era dunque un *jus in re aliena*, che i giuristi contemporanei ritennero analogo al diritto di superficie. Ecco come si esprime al proposito il **Carocio** (5): « Ius intraturae frequens est Florentiae super apothecis conductis, et acquiritur per usum lustri prout in Statuto Aug. cons. 2 in fin. cujus effectus est ut habens tale jus et pensionem solvit expelli nequeat, ratione prioritatis quesitae. Soc. cons. 50 n. 13 lib. 4 quod jus an sit reale vel personale. Cost. Cons. 243 lib. 1 in novis et *habet se ad instar dominii superficieei*, parum distans ab emphy-

(3) Vedi Statuti dell'arte della lana, lib. II, rub. XII. — Storia dell'arte di Por. S. Maria o della seta, lib. 2°, rub. XVI, — St. arte de' Medici o Speziali rub. XXV. — St. arte de' Quojai rub. XXII, — St. arte Por. S. Piero fabbric. rub. XIII. — St. arte de' Linajoli, rub. XXI.
Fierli, *Dir. d'entratura* (Firenze 1805).

(4) *Rota Fiorentina*, cit. dal **Fierli,** op. cit. p. 26 n. 1.

(5) Op. cit. part. 1ª *concl.* 72.

teusi ». E il **Montelatici** (6) dice che il diritto d'entratura « Nihil aliud est quam *jus superficiarium*, quod adquiritur ab artifice conducente apothecam alterius, ob exercitium in ea factum per quoddam determinatum temporis spatium ». E lo stesso **Fierli** (p. 20) lo considera come un diritto *superficiario*; benchè egli stesso, attesa la natura singolarissima di quel diritto, dice che può riguardarsi ancora come un diritto enfiteutico, di servitù, di uso e usufrutto.

Jus di Gazagà — Un diritto speciale ch'ebbe vigore negli Stati Pontificj, e che ancor meglio del *jus intraturae*, si assomiglia al diritto di superficie, è il cosiddetto *jus di gazagà* (parola ebraica che significa *possesso continuato*). Questo diritto fu per equità introdotto da' Pontefici in favore degli Ebrei, allo scopo di mitigare il rigore della legge, che li rendeva incapaci di possedere beni immobili: e consisteva nella facoltà di abitare, sublocare, o godere perpetuamente la casa condotta, finchè se ne pagasse la pigione; di pagare sempre la stessa pigione, tranne che il proprietario non vi avesse fatto de' lavori di manifesta utilità per il conduttore; e di farvi tutti quegli ampliamenti e miglioramenti che si volessero. Cosiffatto diritto poteva vendersi, ipotecarsi, donarsi, e trasmettersi anche per successione. Si acquistava ordinariamente per locazione (anzi questo fu in origine l'unico modo d'acquisto): ma erano possibili anche gli altri modi. — Si perdeva, non pagandosi la pigione. — Molto si è discusso e dagli antichi e da' moderni scrittori sull'indole di quest'istituto: pensarono alcuni che fosse una proprietà di fatto, altri un diritto reale, e quest'ultima opinione prevale: ma regna ancora discordia a quale de' diritti reali si assomigli; molti però vi scorgono grande affinità coll'enfiteusi (7). Ma a me sembra, ben considerando, che, pur dovendosi ritenere esser quello un diritto di natura assai singolare, in modo da non potersi confondere con nessun altro, pure si avvicini assai più al diritto di superficie romano che all'enfiteusi, se tu ne guardi il fondamento, lo scopo e il contenuto. E di vero, come questo, ebbe fondamento un'impossibilità giuridica di avere la proprietà della casa: impossibilità che per Dir. Rom. si riponeva nel principio « superficies cedit solo », per il *jus di gazagà* nell'incapacità degli Ebrei a possedere im-

(6) *Iurisp. civ. elem.* alla par. *Intratura* citato dal **Fierli**, p. 14 n. 1.

(7) Cf. **Baccelli**, *Brevi note intorno al carattere del jus di gazagà in Roma* (Ertratto dalla « *Legge* anno 1892, vol I n. 20).

mobili. Ambedue soddisfacevano lo stesso bisogno di assicurare il godimento perpetuo della casa, pure non potendosene avere la proprietà. Avevano un eguale contenuto, facoltà ampie, quanto quelle di un proprietario. E somigliano ancora nel modo d'acquisto, che diè loro origine, la *locatio-conductio.*

§. 4. *Consuetudini francesi.*

A) Il **bail à congément,** *o* **domaine congéable** (1).

Questo istituto di natura speciale è una perfetta evoluzione del diritto di superficie; e si può appellare il nuovo diritto di superficie: onde non sarà fuor d'opera intrattenerci un poco su di esso.

Secondo gli scrittori dell'argomento questo contratto singolare fu adoperato da tempo immemorabile nei paesi della Bretagna: ne trattano gli usi locali (*usements*) di **Treguier, Goëlls, Cornouaille, Broërec** o **Brouerec, Rohan,** e ancora, ma sono meno importanti, quelli di **Corlay, Crozon, Léon,** et **Daoulas, Poher, Porhöet** et **Rolecq.** Nel 1556 Enrico II abolì per lettere patenti il *domaine congéable:* ma il Parlamento di Brettagna si oppose, onde l'abolizione dovette essere limitata a' beni del re. Nel 1580 la *coutume* di Bretagna venendo riformata, nell'art. 664 fu autorizzata l'applicazione de' predetti *usements* a' casi di *domaine congéable.* L'assemblea costituente apportò alcune riforme colla legge 7 agosto 1791: ma presto un decreto del 27 agosto 1792 abolì il *domaine congéable,* attribuendo al colono l'intera proprietà de' fondi, sotto pretesto che quell'istituto risentisse di feudalesimo: ma reso manifesto l'errore, una legge del 9 brumajo, anno VI, abolì i decreti precedenti, e richiamò in vigore la legge 7 agosto 1791.

Qual'era ed è ancora l'indole di questo contratto? Anch'esso è una locazione, ma una locazione ben diversa dall'ordinaria: con esso il proprietario d'un fondo concede a una persona che s'obbliga a pagargli una mercede (*redevance*), il godimento col diritto di farvi i miglioramenti, e vende nel tempo stesso gli edifizii e la su-

(1) Cf. **Carré,** *Introduction à l'étude de lois relatives aux domaines.* — **Aulanier,** *Traité du domaine congéable.* — **Cerf,** *Du domaine congéable.* — **Merlin,** Rép. par. *Congément, Bail.* — **Troplong,** *Loc.* n. 61. — **Demolombe,** n. 501. — **Proudhon,** *Du domaine de propriété,* n. 113.

perficie esistenti nel fondo; riserbandosi però la facoltà di congedarlo, previo il rimborso degli edifizî e della superficie esistenti a tempo del congedo, secondo la stima fatta da' periti.

Il locatore vien chiamato *propriétaire foncier*, o *trefoncier;* e i suoi diritti sul suolo vengono designati dalle parole *fonds, foncialité, droits fonciers.* Il conduttore è chiamato colono, *domanier*, *tenancier, convenancier* o superficiario: i suoi diritti *droits convenanciers, superficiaires, reparatoires*, o *edifices et superfices.*

Gli elementi essenziali di questo contratto sono tre:

1) Il locatore conserva la proprietà del suolo e ne concede solo il godimento mediante il pagamento del fitto.

2) Il colono diventa proprietario degli edifizi o della superficie esistenti, o acquista il diritto di costruire e piantare ec. (onde il nome di *domaine*).

3) Il locatore ha facoltà di riunire il diritto di proprietà superficiaria alla sua proprietà del suolo mediante il congedo (onde l'appellativo di *congéable*).

Il *bail à congément* è quindi una locazione che contiene in sè una vendita, la quale, sebbene convenzione accessoria, ne forma un elemento essenziale, perchè essa possa avere le conseguenze poste dalla legge. Siffatta vendita è in tutto e per tutto equiparata a una vendita di immobili, sebbene per uno speciale principio di diritto, gli edifizi si considerino mobili rispetto al proprietario del suolo, e immobili riguardo a' terzi. Quindi ha luogo l'obbligo della garenzia per evizione, e la rescissione per lesione. La specialità della vendita consiste in ciò che l'è inerente la facoltà del venditore di poter riunire col congedo la proprietà della superficie a quella del suolo. Ordinariamente si dice che così si ha una vendita con patto di riscatto; tale concetto però non è giusto, perchè se fosse vendita con patto di riscatto, basterebbe rimborsare il prezzo ricevuto, e pagare i miglioramenti fatti: qui invece il proprietario deve pagare il valore della superficie, secondo la stima de' periti, a tempo del congedo. Onde si scorge che il *bail à congément* è un contratto speciale in nulla simile agli altri, risultante da una particolare combinazione di locazione e di vendita.

Il proprietario ha diritto: 1) alla proprietà del suolo e degli alberi infruttiferi; 2) alle prestazioni annuali da parte del colono: esse consistono *a*) nel fitto (*rente convenancière*) che può consi-

stere in danaro o prestazioni in natura: *b*) nelle *corvées: c*) nel pagamento di rendite in favore di terzi gravanti sul fondo: *d*) nel pagamento delle decime: *e*) delle imposte e contribuzioni fondiarie. Il proprietario ha per garentia delle prestazioni i diritti superficiarii che può far vendere senza ricorrere all'espropriazione immobiliare, con una procedura speciale (*vente sur simples bannies*). 3) Il principale diritto del proprietario è quello di licenziare il colono. Ma la licenza non ha il suo effetto, fintantochè il colono non sia stato interamente rimborsato, giusta la stima de' periti, del valore della sua proprietà superficiaria che continua ad appartenere a lui, anche dopo la licenza, se il rimborso non sia ancor seguito.

I diritti del colono sono:

1) Godimento del suolo, derivantegli dal contratto, che costituisce perciò un diritto personale.

2) Proprietà della superficie esistente a tempo del contratto, oppure creata dopo da lui: proprietà di tutte le costruzioni, case, granaj, e di pozzi, fontane, piantagioni, alberi, ecc. In conseguenza di tale diritto, gli spettano tutte le azioni reali a tutela della proprietà, quindi può relativamente ad esse stare da sè in giudizio; quando non riguardino anche la proprietà del suolo; nel quale caso deve chiamare in causa anche il locatore. Ha le azioni possessorie; anzi in caso di spoglio l'antico diritto gli concedeva un'azione speciale (*action de spoliation*) non differente che nel nome dalla reintegranda. Può perciò alienare, ipotecare, e anche distruggere la superficie. La quale si trasmette anche agli eredi: anzi v'erano a ciò speciali regole di successione che variavano secondo le varie consuetudini: alcune delle quali concedevano il diritto a tutti i discendenti i quali diventavano debitori solidali del locatore, altre al solo primogenito, altre invece all'ultimo nato (*droit de juveigneur*).

3) Non solo è proprietario della superficie esistente, ma ha diritto di migliorarla e di accrescerla, e anche di crearne una nuova; può costruire quindi nuovi edifizj, far nuove piantagioni; di cui diventa proprietario: e anche per la nuova superficie ha diritto al rimborso del valore, se il locatore vuole avvalersi della facoltà di licenziarlo.

4) Secondo la legge del 1791 ha anche facoltà di provocare il rimborso: il proprietario che non volesse effettuarlo, ha solamente il diritto d'abbandonare la proprietà del suolo. L'abbandono deve essere totale; il colono può sempre rifiutare uno parziale. L'abban-

dono ha per effetto di rendere il colono ch' è proprietario della sola superficie, proprietario anche del suolo.

5) Finalmente il colono ha diritto, per liberarsi dalle prestazioni che gli stanno a carico, di abbandonare la proprietà superficiaria. Tale abbandono, secondo la legge del 1791, lo libera non solo dalle prestazioni avvenire, ma anche dalle passate non ancora eseguite. Per effetto di essa la proprietà della superficie si riunisce alla proprietà del suolo, libera da tutti i pesi che il colono vi avesse imposti. Quest' abbandono ha il nome speciale di *exponce.*

Questi i principj fondamentali del *domaine congéable*, sufficienti a farci intendere come l'antico diritto di superficie sia stato trasformato nel diritto francese in una vera *proprietà* di superficie revocabile in vantaggio del proprietario del suolo. Chi fosse vago di saperne di più, potrà consultare con profitto gli autori citati.

B) Proprietà di stagni in suolo altrui (2).

Un altro esempio di proprietà superficiaria ce l'offrono le consuetudini della *Bresse.* V' ha degli stagni che sono alternativamente riempiti d'acque allo scopo di mettervi de' pesci, che poi sono asciugati e coltivati il terzo anno. L'antica giurisprudenza e la legge del 21 luglio 1856 che ha per iscopo di favorire il diseccamento degli stagni insalubri, hanno riconosciuto che l'*evolage*, cioè lo stagno pieno d'acqua, può costituire una proprietà distinta dall'*assec*, cioè il suolo disseccato dello stagno. Nondimeno la legge citata per favorire il prosciugamento degli stagni, ha permesso a' diversi interessati di provocare la vendita all' asta di simiglianti stagni di cui l'*évolage* e l'*assec* appartengono a diversi proprietarj: tale vendita è resa obbligatoria per misura igienica.

C) Proprietà di alberi piantati sulle pubbliche strade (3).

In generale gli alberi piantati sugli orli delle strade pubbliche, appartengono oggi al demanio: ma tuttora si danno de' casi in cui

(2) Cf. **Aucoc,** *Conférences sur l'Administration et le droit administratif*, vol. 2°, n. 484. — **Aubry** et **Rau,** vol. 2°, §. 223. p. 414.

(3) **Proudhon,** *Du domaine public*, vol I, cap. 20; — **Dufour,** *Droit admin.* vol 4, n. 2901-2906. — **Laferrière,** *Droit public et administratif*, tom. I, lib. I, p. 675.

in forza di antichi titoli appartengono a' privati: ecco un altro esempio di proprietà superficiaria, e questa sul suolo pubblico. Enrico III per favorire la piantagione degli alberi lungo le strade pubbliche coll' art. 356 dell' ordinanza di Blois (maggio 1579) prescrisse che le strade pubbliche fossero « plantées et bordées d'arbres, comme ormes, noyers, ou autres sélon la nature et commodité du pays, au profit de celui auquel la terre prochaine appartiendra ». Con che s' intendeva dire che la piantagione doveva esser fatta per cura dei proprietari confinanti, e sul luogo pubblico, essendone stata loro attribuita la proprietà: perchè altrimenti sarebbe stato inutile riconoscere a' proprietarj confinanti la proprietà degli alberi, se questi si fossero dovuti piantare ne' loro fondi. Ma dall' art. 2 del decreto 26 luglio 1790, sanzionato il 15 agosto del medesimo anno, il diritto di piantare alberi sulle strade pubbliche e di appropriarsene fu abolito; nondimeno furono rispettati i diriti acquistati. Ma non li rispettò la legge 28 agosto 1792, la quale lasciò a' privati solo la proprietà degli alberi che non fossero piantati su strade nazionali. Venne poi la legge 9 ventoso, anno XIII, la quale ingiunse a' proprietari confinanti le grandi strade dell' impero di piantare alberi sul loro confine, e nel caso che avessero trascurato di adempiere quest' obbligo, vi avrebbe provveduto il Governo a loro spese; e sì nell' uno che nell' altro caso, la proprietà sarebbe de' proprietari confinanti, i quali però non avevano il diritto di abbatterli senza autorizzazione. Per mettere fine alle molte controversie che frequentemente si agitavano intorno alla proprietà di tali alberi, stante la diversità e moltiplicità delle leggi, si credette venire a una specie di transazione col decreto 16 dicembre 1811 col quale gli alberi, secondo il diverso luogo in cui erano piantati, erano attribuiti in proprietà allo Stato o a' privati, senza aver riguardo a chi gli avesse piantati. Onde seguì che mentre i proprietari s' impadronirono degli alberi concessi loro dallo Stato, e a cui prima non avevano diritto, cominciarono a reclamare in forza di antichi titoli anche la proprietà di quegli alberi che lo Stato aveva a sè riserbati. Onde per troncare ogni questione la legge 12 maggio 1825 dispose nell' articolo 1°: « Seront reconnus appartenir aux particuliers les arbres actuellement existents sur le sol des routes royales et départementales, et que ces particuliers justifieront avoir légalement acquis à titre onéreux, ou avoir plantés a leur frais en execution des anciens règlements ».

Questo è lo stato attuale della legislazione francese sulla proprietà superficiaria degli alberi piantati su suolo pubblico.

D) Diritto di **Bandites** *o* **Terciers** (4).

Questo diritto s'incontra ne' costumi della contea di Nizza, e rimonta al secolo XVI quando in molti comuni dell'attuale dipartimento dell'Alpi marittime, trovandosi stremati nelle finanze a causa delle guerre frequenti, i proprietari per evitare l'imposizione di nuovi balzelli pensarono di riunire le loro proprietà e abbandonare al Comune il diritto di pascolo. Il Comune per far danaro vendeva questo diritto di pascolo a de' capitalisti, i quali l'acquistavano a caro prezzo, essendo l'industria pastorizia molto in fiore in que' luoghi, a differenza dell'agricoltura. Questo diritto era chiamato *Bandite*, e consisteva nella facoltà di pascolare tutto l'anno o l'inverno soltanto: l'acquirente chiamavasi *bandiote*, il quale non soffriva alcun limite nel suo godimento, nè per il numero nè per la specie del bestiame: poteva usare ed abusare del suo diritto, alienarlo, ipotecarlo, gravarlo di servitù. Donde appare non essere codesto un diritto d'uso, perchè non è limitato a' bisogni dell'utente, nè v'è obbligo di conservare la sostanza della cosa. È un vero diritto di proprietà di superficie, quantunque il godimento abbia luogo in una sola parte dell'anno.

CAPO QUARTO

La proprietà separata della superficie nel Diritto italiano.

§. 1 *Se la superficie sia uno de' diritti reali ammessi dal Codice.*

Il Codice civile Francese non ebbe alcuna disposizione per il diritto di superficie; così anche tutt' i codici che si modellarono su di esso e finalmente l'italiano.

Qual'è dunque la natura del diritto di superficie, secondo il Codice Napoleone e il nostro: e si può parlare di diritto di superficie nel senso Romano?

(4) **Guyot,** n. 243, 244.

Alcuni scrittori hanno asserito che un diritto reale di superficie non può ritenersi escluso da quelle legislazioni, perchè in esse non v'è la enumerazione tassativa de' diritti reali. L' art. 526 Codice Napoleone non fa menzione dell'uso, eppure l' uso è come diritto reale considerato dallo stesso codice: non ricorda l' enfiteusi, eppure questa dalla giurisprudenza e dalla dottrina francese fu riconosciuta. Così pure non tassativa, sebbene più completa, può riguardarsi l' enumerazione fatta dal Codice nostro. Anzi, s' argomenta, se in esso si trova disciplinata l' enfiteusi, a tanto maggior ragione che nel diritto francese, può ritenersi non escluso il diritto di supercie, che a quella è analogo.

Ma anche a voler riconoscere la possibilità di diritti reali fuori di quelli ammessi dalla legge, non essendovi (il che non ci par vero, come sarà detto in ultimo), il limite posto in quello della Repubblica Argentina, art. 2052 (1); questa mera possibilità non può di per sè sola indurci a credere che il diritto reale di superficie sia possibile, secondo la nostra legislazione. Ben più lungo e accurato esame ci bisogna che non sia quello che gli scrittori ordinariamente han fatto.

Bisognerà vedere quali norme potrebbero governare il diritto di superficie, se siano sufficienti quelle poste dalla legge per quei diritti reali che si pretende vi abbiano una somiglianza, e quindi prima se tale somiglianza vi sia: e poi, in caso che quelle regole non siano applicabili, se si debba ricorrere a' principi generali del nostro diritto positivo, oppure alle regole del diritto romano. E solo quando tutto ciò sarà stato discusso, potremo decidere intorno all' esistenza di un diritto reale di superficie.

E primo tra i diritti reali si presenta quello di servitù prediale. Può il diritto di superficie considerarsi come una servitù, sia pure *sui generis?* Ed invero si potrebbe dire: l' edifizio e il suolo si possono considerare come due immobili, l' uno de' quali serve all' altro: il proprietario del suolo *jus suum diminuit*, *alterius auxit* col concedere a uno che costruisse nel suo suolo una casa; sarebbe una servitù diversa dalle altre solo per l' estensione del contenuto, una servitù d' appoggio assai singolare, ma sempre

(1) « Los derechos reales solo pueden ser creados por la ley. Todo convencion ó disposicion de última voluntad que constituyese otros derechos reales, ò modificace los que por este Codigo se reconocen, valdrá solo come constitucion de derechos personales, si come tal pudiese valer ».

una servitù, o per lo meno un diritto analogo. Ma chi così ragionasse, dimenticherebbe che per diritto di superficie non s' intende già il rapporto tra il suolo e l' edificio, ma invece il diritto di godimento sull' edifizio stesso costruito sul suolo altrui, darebbe per dimostrato ciò che non è, ossia che l' edifizio sia di proprietà del costruttore, o di chi lo gode, mentre, secondo i principj romani che reggono il diritto di superficie, l' edifizio appartiene a cui lo stesso suolo: ed allora, se *nemini res sua servit*, come parlare di servitù? Non va dunque presa in considerazione l' analogia della superficie colla servitù; poichè, come abbiam visto, considerato quel diritto secondo la mente de' giureconsulti Romani non ha nulla di lontanamente simile alla servitù.

Ma se non alla servitù prediale, potrà assomigliarsi la superficie a una servitù personale, all' usufrutto, sebbene di contenuto alquanto più ampio?

Il **Duranton** che cercò con argomenti buoni o cattivi giustificare il diritto di superficie sotto l' impero del Codice Napoleone, addusse principalmente la ragione che il diritto di superficie, come quello d' enfiteusi, poteva benissimo considerarsi compreso nella parola *usufruit* adoperata dal Codice nell' art. 543. Essa infatti non essere stata presa in senso stretto e tecnico ma in quello ampio di godimento (*jouissance*): comprendere infatti e l' uso e l' abitazione; perchè dunque non anche l' enfiteusi e la superficie? Finalmente nulla vieta (osserva lo stesso autore) di stipulare un *usufrutto ripetuto*, per noi e i nostri eredi successivamente, chè codesta non è una delle sostituzioni proibite. Onde conchiudeva: « Nous pensons, que en convenant simplement d' une emphytéose ou droit de surface, les parties sont censées avoir voulu constituer cette espèce d' usufruit plus étendu encore que l' usufruit ordinaire, et par conséquant immobilier comme lui » (2).

Ora prima d' ogni altro bisogna notare che il ragionamento del **Duranton** non è accettabile da noi per i diversi principj accolti nel nostro Codice. Perchè oltre che cadere l' argomento tolto dalla genericità della parola *usufrutto*, la quale nel Codice nostro è adoperata in senso stretto, (ciò che in verità è poco rilevante), non può assolutamente pensarsi da noi la possibilità d' usufrutto ripetuto o successivo che dir si voglia, stante l' espressa proibizione dell' art. 901, proibizione che nel Codice Napoleone manca

(2) *Cours de droit français*, tom. II. lib. II tit. 1.° n. 75-81.

affatto. Queste osservazioni, a dir vero, potrebbero bastare per rigettare l'opinione del **Duranton**. Ma noi vogliamo andare ancora più oltre e mostrare come, quand'anche potesse sostenersi non essere la proibizione dell'art. 901 applicabile al diritto di superficie, che non sarebbe po' poi un vero usufrutto, ma un istituto analogo ad esso, nemmeno in tale ipotesi, io dico, potrebbe il diritto di superficie considerarsi analogo al diritto d' usufrutto.

Nè io voglio toccare della maggiore estensione di godimento; perchè la maggiore o minore estensione del contenuto de' varj diritti non sempre è criterio assoluto di distinzione: ma voglio considerare la natura intrinseca de'due diritti. L' usufrutto di una casa, mettiamo, importa un godimento non solo della superficie ma anche del suolo: non si concepisce la casa senza il suolo, tanto vero che distrutta la casa, l' usufrutto continua sull' area, nella stessa guisa che distrutta in parte la casa, il godimento continua sulla parte rimanente: perchè il suolo si considera come parte dell' edifizio (art. 520 Cod. civ.) Il diritto d' usufrutto affetta il suolo stesso: e appunto perciò l' usufruttuario gode ancora del sottosuolo, delle miniere cioè delle cave e torbiere che sono aperte a tempo dell' esercizio. Ma il diritto di superficie si chiama appunto così, perchè non cade sul suolo, e tanto meno s' estende al sottosuolo; ma à per oggetto la superficie o soprasuolo: quindi chi ha la superficie sulla casa, perita questa, potrà anche ricostruirla ma non potrà godere del suolo per altri scopi che non siano quello di innalzare la superficie. L' usufrutto inoltre è *essenzialmente* personale: il diritto di superficie invece è *naturalmente* alienabile e trasmissibile. Lo stesso usufrutto successivo non costituisce una eccezione alla indole personale dell' usufrutto: poichè non è il primo usufruttuario che trasmette al secondo e questo al terzo e così di seguito: ma è lo stesso concedente originario che costituisce l' usufrutto pel primo, pel secondo e per il terzo; per quello con termine finale, per questi con termine sospensivo. Onde i varj e successivi usufruttuarj non sono successori, giuridicamente parlando, l' un dell' altro; essi non hanno causa il terzo dal secondo e il secondo dal primo: ma tutti hanno un unico e comune dante causa, il proprietario concedente (3). Ma nel diritto di superficie non sarebbe così: atteso appunto la sua natura di diritto alienabile e

(3) Cf. **Filomusi-Guelfi**, *L' usufrutto successivo* nel **Laurent** (trad. it.) app. al vol. VII.

trasmissibile, il secondo, il terzo e il quarto che ne godono han causa uno dall' altro. Il secondo, terzo, quarto godono di un diritto concesso dal primo, secondo, terzo rispettivamente: e non hanno alcun rapporto col concedente originario. Il concepire dunque la superficie come usufrutto è cosa contraria all' indole giuridica dei due istituti. Non solo, ma anche è contrario all' intenzione di chi acquista un diritto di superficie. Chi acquista infatti il diritto di edificare su suolo altrui ed edifica a sue spese, oppure rimborsa il prezzo dell' opera già esistente, non intende mica acquistare un godimento limitato alla sua vita: egli vuole con una spesa non eccessiva procurare un' abitazione per sè e i suoi eredi, e disporne in tutt' i modi, come meglio gli piace: nell' edifizio superficiario vorrà esercitare un' industria o abitarvi soltanto, vorrà farne una casa rurale, o un luogo di delizie; vorrà distruggerla e rifarla su nuovo disegno: non vuole già rispettare lo stato delle cose esistente, conservare come l' usufruttuario la sostanza della cosa. Perchè dunque voler considerare il diritto di costui come usufrutto?

Vediamo ora se il diritto di superficie può ritenersi analogo all' enfiteusi. E a prima vista pare che tale analogia non si possa negare davvero. Non ha forse la superficie la stessa origine dell' enfiteusi? Non è stata essa chiamata un' enfiteusi urbana? Non l' hanno i giuristi medioevali concepita come un dominio utile diviso dal diretto, al pari dell' enfiteusi?

Ed invero il **Deveri** (1) tra noi non ha esitato ad affermare che gli stessi principj che regolano nel codice nostro il diritto d' enfiteusi possono applicarsi al diritto di superficie. E gli autori ragionando così: — se l' enfiteusi è ammessa nel nostro Codice, vi è ammessa implicitamente anche la superficie —, vengono a riconoscere se non l' identità, l' analogia de' due istituti.

Questa opinione, sebbene errata, non è nuova. Il **Leyser** (loc. cit.) (che su questo argomento sembra abbia voluto fare sfoggio di sofismi) la sostenne calorosamente. Non sarà cosa priva d' interesse riferire le sue stesse parole con cui cerca dimostrare la tesi paradossale che la differenza tra enfiteusi e superficie è fittizia e non effettiva. « At enim vero (egli scrive) Istud discrimen fictitium est, atque neque in natura rei, neque in legibus romanis

(1) *Istituz. di Dir. Rom.* vol. 1.° p. 619 nota.

innititur. Inspiciamus primum rei naturam. Qui alteri in solo suo ædificare permittit ei sine dubio fodere, infigere, terram egerere, plantare, fundamentum ponere, atque adeo circa solum ipsum quid facere, ejusque formam mutare; quum sine istius modi mutatione ædificari nullo modo possit. Ergo superficiarius jus habet in ipso solo non saltem in illis quæ superstruuntur. Posset cellam sibi facere, quæ ad centrum terræ usque pertingeret, eamque fornicibus firmare; posset, si hoc commodum crederet, infra terram habitare. Fluunt haec ex indole negotii, neque unquam quod credo pacto mutata fuerunt. Quis enim fando audivit dominum dum jus superficiei alteri concessit, dixisse aedifica in solo meo, sed cave quidquam præter supremam terrae faciem attingas? » Dopo egli passa a discutere se differenza vi fosse per Diritto Romano, che ora a noi non importa.

Lasciando per ora di mostrare quanto sia erroneo il concetto del **Leyser**, ci limitiamo solo a dire che, accettandolo, non v'ha più bisogno di parlare del diritto di superficie. La cosiddetta superficie non sarebbe, a voler riguardare le cose nella loro realtà obbiettiva, che la stessa enfiteusi: enfiteusi urbana se si voglia, ma sempre enfiteusi. Non vi sarebbe più bisogno di discorrere se vi sia o no analogia tra questi istituti, non si tratterebbe nemmeno di usare l'interpetrazione estensiva: sarebbe sufficiente la semplice interpetrazione dichiarativa della parola *fondo* adoperata nell'art. 1556 del nostro Codice, relativo all'enfiteusi: basterebbe il semplice ragionamento, — il fondo è sì rustico che urbano, dunque l'enfiteusi urbana è ammessa dal nostro Codice. E di ciò niuno davvero dubita più.

Però a tanto, io credo, non s'è voluto trascorrere da confondere l'enfiteusi colla superficie, s'è inteso dire soltanto che, se differenze ve n'ha, queste sono di natura tale, secondarie cioè e relative, da non distruggere le somiglianze della loro natura, da poterli quindi far considerare come diritti analoghi. Ma nemmeno l'analogia sussiste. Infatti o tu consideri l'enfiteusi del nostro Codice, come un *jus in re aliena*, secondo la concezione romana (5); o (come pare a me più giusto) un vero diritto di proprietà col solo limite

(5) **De Crescenzio,** *Dell'indivisibilità del canone enfiteutico*, (in app. alla trad. del **Laurent** vol. 8); **Gabba,** *Retroattività*, vol. 3.° p. 139; **Corsi,** *Affrancazione* (nel *Dig. ital.*) p. 390 n. 6; **Mazzoni,** *Istituz.* 3.ª (3.ª ed.), n. 275 e seg. **Chironi,** *Ist.* vol. 1.° §. 198.

di un diritto reale a favor del concedente (6), devi conchiudere che maggiore analogia non v' abbia tra la superficie e l' enfiteusi che tra la superficie stessa e gli altri diritti reali. Il che è evidente, se il diritto dell' enfiteuta si pensa come un diritto di proprietà, mentre la superficie dovrebb' essere un *jus in re aliena:* in tale ipotesi punta analogia. Ma se il diritto dell' enfiteuta si considera come diritto reale? Vediamo. L' enfiteusi urbana in nulla differisce dalla rustica, tranne che per l' oggetto: questa su terreni, quella è costituita su edifizj: ma la sostanza del diritto è identica. Dunque anche per essa v' ha gli stessi requisiti essenziali: 1) obbligo di migliorare (art. 1556, e 1565, n. 2); 2) obbligo di pagare il canone (art. 1556, e 1565 n. 1). Ma l' obbligo di migliorare non v' è mai nel diritto di superficie, tanto che da taluni s' ammette anche la facoltà di distruggere: nè è stato mai ritenuto dalla pratica e dalla dottrina, più generalmente accolta, come essenziale l' obbligo del *solarium*. Il diritto di superficie manca così de' caratteri distintivi ed essenziali dell' enfiteusi. Come dunque le si può dire analogo? Comprenderei l' analogia, se le differenze tra l' uno e l' altro istituto fossero accidentali e secondarie, non quando gli elementi essenziali dell' uno sono all' altro totalmente estranei. Inoltre chi ha il diritto d' enfiteusi ha il diritto di godimento del suolo e del sottosuolo, e senza la limitazione posta per l' usufruttuario (art. 1561). Ora pur volendo ammettere che non sia una stranezza quella del **Leyser**, secondo il quale chi ha un diritto di superficie, può, se gli piace, farsi una casa nel centro della terra, non si può d' altra parte sostenere, nè quell' autore vi pensò nemmeno per meglio corroborare la sua iperbole, che il superficiario abbia diritto al tesoro e alle miniere che si vengano a scoprire nel fondo. Tutti gli scrittori l' han detto e ripetuto fino alla sazietà: l' enfiteusi riguarda il suolo, il diritto di superficie la superficie soltanto. E poi (l' osserva anche il **Viti**) (7) come si potrebbe concedere al superficiario il diritto di

(6) **Colamarino,** *Enfiteusi;* **Fulci,** *Enfiteusi;* **Mancini,** *Della div. del canone enf.* (ap. XVIII nel vol. 8 della trad. del **Laurent**) **Gianturco,** *Sistema*, *Prefazione*, Ag. anche **Filomusi-Guelfi,** *Enc. giur.;* **Rinaldi,** *Colonie perpetue:* i quali però riconoscono nel concedente solo un diritto personale con garentia reale. — V' ha infine alcuni che ritengono ancora in vigore la divisione del dominio diretto ed utile, come il **Mirabelli,** (*Diritto de' terzi*, vol. 1.°) — Cf. per le varie opinioni il **Simoncelli,** *Enfiteusi*, (Milano, tip. Agnelli, 1888).

(7) *Com. sistem. di Proc. civ.* n. 327.

affrancamento concesso all' enfiteuta, tanto più che per la superficie non si paga canone alcuno? L' unico punto di contatto che v' ha tra l' enfiteusi e la superficie è l' estensione del loro contenuto, onde si differenziano notabilmente dagli altri diritti reali, e si avvicinano piuttosto al diritto di proprietà. Ma questa simiglianza di contenuto che ha tratto in inganno gli autori, non distrugge le differenze *sostanziali*.

L' analogia dunque tra enfiteusi e superficie vuol essere rigettata. E allora bisognerebbe ritenere che, nonostante il silenzio della legge, esiste un diritto reale *sui generis*, che si domanda diritto di superficie, a nessuno analogo de' diritti reali riconosciuti dal Codice. Ma a tale diritto sono applicabili le regole di Diritto Romano? Taluni come il **Laurent** (8) e il **Grendena** (9) han creduto di sì, senza difficoltà alcuna. Ma ciò è insostenibile specialmente nel Diritto nostro (art. 47 Disp. transit.) In mancanza di disposizioni espresse, e quando non è possibile l' analogia, si deve far ricorso a' principi generali della nostra legislazione positiva. Ma sono ad essi conformi le regole di Diritto romano relative alla superficie? Molti nostri scrittori l' han creduto: il **Ricci** (10), il **Gianturco** (11), il **Chironi** (12), il **Viti** (13), il **Lomonaco** (14) han considerato il diritto di superficie nel Diritto attuale, qual' era nel Diritto Romano.

Vedremo nel seguente paragrafo se questo concetto possa considerarsi esatto.

§. 2. *Se il diritto di superficie sia uno speciale* **jus in re.**

Secondo dunque i citati giuristi anche oggi il diritto di superficie sarebbe un *jus in re aliena,* di speciale natura, come nel Diritto Romano.

(8) *Principes* etc. vol. 8, n. 410.

(9) Nota alla sentenza app. Genova, 11 marzo 1889 nel *Foro Italiano,* 1889, p. I., col. 469.

(10) *Diritto civile,* vol. 2.°, n. 61 ter.

(11) *Istituz. di Dir. civ.*, §. 52.

(12) *Istituz. di Dir. civ.* §. 203 a 205.

(13) *Commento sistematico di Proc. civ.* n. 327 e *Lez. di Dir. civ.* (Litografia, anno 1885).

(14) *Noz. el. di Dir. civile,* n. 149, II.

Quale sarebbe la *res aliena?* A dir vero, da quel poco che gli scrittori han detto sull' argomento non si rileva altro se non che essi parlano di una *res aliena* riferendosi al fondo su cui la superficie è innalzata. Non si fa ben rilevare come per *res aliena* debba, per essere conseguenti, considerarsi la stessa *superficies.* Anzi taluno mostra apertamente d' intendere il contrario (1): perchè mentre da una parte definisce il diritto di superficie come *jus in re aliena*, come smembramento di proprietà, parla poi nel tempo stesso di *proprietà* distinte: onde sembra che non sia stata considerata la superficie stessa come *res aliena* (2). Ho voluto notare ciò, perchè questa considerazione ci servirà a spiegare in modo probabile come quegli autori abbiano tale concetto del diritto di superficie.

Ora mettendo tutto ciò da parte, passiamo ad esaminare se il concetto romano del diritto di superficie sia conforme allo spirito della nostra legge, e se per sè stesso sia un sistema perfetto ed accettabile.

Chi ci ha seguito in questo nostro studio, non tarderà punto a rispondere. Noi invece, perchè la dimostrazione riesca chiara e inoppugnabile, riassumeremo brevemente ciò che innanzi abbiamo detto.

Che cosa rappresentava in Roma il diritto di superficie? L' abbiamo visto: una intrinseca contraddizione tra la volontà di chi

(1) **Lomonaco,** loc. cit. e **Vita Levi,** *Comunione*, I n. 11.

(2) Così anche il **Chironi** che è fautore del diritto reale di superficie, talvolta (*Riv. it. per le scienze giuridiche*, an. 1890 v. IX p. 8 e seg.) considera la superficie come una proprietà e per diritto di superficie il rapporto tra la costruzione e il fondo. — Ecco le sue parole . . . « *certamente la proprietà della superficie può bene esistere separata dalla proprietà del suolo,* ma oggetto di questa non può essere la semplice costruzione, perchè non è concepibile come cosa per sè stante indipendentemente dal suolo su cui insiste. Vi cade di necessità anche questo diritto d' insistenza: quindi il *proprietario della costruzione* non lo è del suolo, ma *à un diritto su di esso*, e ne è oggetto il sostenere la costruzione sopra edificata. Senza far concorrere quest' elemento nel costruire giuridicamente la proprietà dell' edifizio, si lavora attorno a un concetto addirittura assurdo . . . ». E più sotto: « Quando si parla di superficie, di *proprietà della costruzione*, bisogna bene concedere all' esistenza di *un diritto sul suolo* ov' è inalzata; non è un diritto di proprietà, perchè in tal caso sarebbe assurdo evocare il concetto della superficie; ma un peso che gravita su di essa . . . ».

acquistava il diritto, diretta a goderne per sè ampiamente, come proprietario, e l'impossibilità giuridica che ciò avesse mai luogo, stante il rigoroso principio: « *superficies cedit solo* ». Il pretore cercò di attenuare la contraddizione dando in fatto al superficiario gli stessi diritti del proprietario, ma non riconoscendogli giuridicamente che un *jus in re aliena*. Tutta la costruzione del Pretore si fondava su base di *fictiones*: si fingeva proprietario della superficie chi non era, si fingeva non proprietario chi era tale di fatto. E la realtà prevaleva sulla finzione: le *actiones utiles* vincevano le dirette; l'interdictum *uti possidetis* del proprietario cedeva all'interdetto del superficiario; la *rei vindicatio* del primo all'*exceptio in factum* del secondo. Il diritto di superficie non era che una vera e piena proprietà di fatto, una proprietà pretoria, se così si potesse dire: altro non mancava, perchè divenisse una proprietà riconosciuta dal diritto, che un soffio potente il quale dissipasse la nube della finzione.

E venne il diritto de' barbari, e concepì la proprietà della superficie come distinta da quella del suolo: la superficie è di chi l'ha creata o acquistata: dunque nessuna finzione di proprietà di fatto che non è di diritto, e di proprietà di diritto che non è di fatto, di azioni dirette e azioni utili. I giuristi del medio evo, non sapendo svincolarsi del tutto dalle tradizioni romane, pure fecero un passo avanti, accogliendo l'idea del *dominium utile*. Le consuetudini francesi ed alcuni Statuti italiani riconobbero una proprietà della superficie distinta da quella del suolo.

Siffatta dunque fu la naturale e spontanea evoluzione del diritto di superficie: semplice diritto personale, secondo i precetti del diritto ferreo; diritto reale di poi per l'equità pretoria; dominio utile per l'opera de' giuristi concilianti la pratica colla vecchia teoria; vera e propria e piena proprietà nel diritto nuovo vivo e attuale.

Potrebbe dunque valere anche pel Diritto nostro il concetto romano della superficie, concetto fondato su finzioni e transazioni, e che il Pretore stesso avrebbe rifiutato, se avesse potuto sovvertire non solo il diritto civile, ma anche quello che si credeva diritto naturale? Or se le finzioni non sono più a base degl'istituti giuridici, non si può nel nostro Diritto ammettere il diritto reale di superficie alla Romana; perchè si fonda su d'una finzione. Lo stesso **Laurent** (3) che si propose quest'obbiezione, dimenticò di

(3) op. cit. n. 410.

rispondervi o meglio finse d'essersi dimenticato, e girò la questione. Se nel Diritto nostro non è un principio assoluto e inderogabile di ragion civile, e tanto meno di ragion naturale, questo che il proprietario del suolo è proprietario anche del sovrasuolo (come tutti gli scrittori confessano, e l'art. 448 parla chiaro) un diritto reale di superficie resta privo del suo giuridico fondamento. Poichè la causa unica ed esclusiva della costruzione giuridica del diritto reale di superficie fu appunto la rigida assolutezza di quel principio, mancata questa, viene a cadere necessariamente e per conseguenza anche l'effetto: se la superficie non è assolutamente *res aliena* ma può considerarsi *res mea*, non sarà un *jus in re aliena* il diritto di goderne e disporne in tutti i possibili modi.

Perciò, io dicevo, gl'insigni giuristi che han concepito anche oggi ammissibile un diritto reale di superficie alla Romana, forse non han considerato ch'essi venivano così a rendere la superficie sempre di spettanza del proprietario del suolo: non han pensato forse alla ragione giuridica del nascimento di quel diritto in Roma, e non ne hanno tenuto presente la storica evoluzione. Che se queste considerazioni avessero fatte, forse non si sarebbero indotti in quell'opinione. E invero tutto il rispetto che si abbia alla tradizione romana, non può far dimenticare che v'era in quella legislazione de' principj che il diritto e la vita de' tempi nuovi han rigettato del tutto; non può far trascurare i precedenti storici che più immediatamente del Diritto romano si ricollegano alla formazione del Codice francese e italiano.

Non è dunque conforme a' principi generali della nostra legislazione il concetto romano della superficie.

Nè v'ha alcuna speciale disposizione che ci induca a credere, che ciò non ostante, la superficie possa esser considerata come un diritto reale.

Il **Duranton** (4) però e dopo lui il **Lemenace** citarono in sostegno della loro opinione l'art. 409 Cod. civ. (art. 510 Cod. Nap.) che annovera tra gl'immobili anche i mulini e altri edifizj galleggianti ecc. i quali « si considerano come formanti una cosa sola con la fabbrica loro destinata, e col *diritto che ha il proprietario di tenerli anche sopra acque non sue* ». Ma evidentemente (io noto) il diritto di tenere mulini ed altri galleggianti sulle acque altrui, non è che un diritto sulle acque altrui, non già un

(4) op. cit. n. 24.

diritto sulla superficie che sarebbe cosa altrui per il principio d'accessione. Non si rileva punto da quelle parole che il molino, galleggiante ecc. siano l'obbietto di un diritto reale di godimento, ciò ch'è necessario, perchè si possa parlare di diritto di superficie. Il diritto di godimento sul molino, galleggiante ecc. non è un *jus in re aliena*, ma in *re propria*; *res aliena* sarebbero le acque. E qui ancora si mostra il falso concetto che ebbero quegli autori sul diritto di superficie. Il quale non consiste già nell'avere una *cosa propria* su *fondo altrui*, ma in avere un diritto di godimento su cosa che, per esser posta nel suolo altrui, è anche altrui. L'articolo citato dunque non è favorevole alla costruzione del diritto reale di superficie: anzi le è apertamente contrario; perchè chi ha il diritto di tenere il molino ecc. su acque non sue è chiamato *proprietario*, dunque non è tale che li possegga per un *jus in re aliena*, non n'è superficiario in senso Romano. Codesto argomento però, a dire il vero, non riguarda il **Duranton**, perchè l'art. 519 Cod. Nap. si limitava soltanto a dichiarare immobili per natura i mulini a vento od acqua, e non faceva menzione del diritto del *proprietario* di essi ecc., come si trova nel nostro Codice, che riprodusse nell'art. 409, salve lievi modificazioni di parole, il capoverso dell'art. 400 del Codice Albertino.

Si dirà: per diritto di superficie intendiamo il diritto di tenere una cosa *nostra* (edifizio, piantagione) su suolo *altrui*. Come si può negare che sia un diritto reale, se il fondo è *res aliena*; come può negarsene la possibilità, se trova conferma in un'espressa disposizione di legge? Prima di tutto, se cosiffatto è il diritto di superficie, di cui s'è inteso parlare, vi sarebbe stato bisogno d'una esplicita dichiarazione; perchè finora nel linguaggio giuridico colla parola superficie non si è designato già il rapporto tra edifizio, piantagione appartenenti a una persona, e il suolo che li sorregge appartenente a un altro: ma invece il diritto stesso di godimento dell'edifizio e delle piantagioni che in forza del principio d'accessione sono di *proprietà* di chi è proprietario del suolo. Epperciò appunto si è chiamato diritto di superficie: altrimenti gli andrebbe mutato più acconciamente il nome in quello di *diritto di suolo*. Ma passi pure l'improprietà di linguaggio che si commetterebbe, addimandando diritto di superficie il rapporto che passa tra l'edifizio mio e il suolo altrui sul quale è posto: come a tale rapporto potranno applicarsi le regole poste dal Diritto Romano pel diritto di superficie, in quell'altro senso? Come si può dire

che cotal diritto ristretto e limitato, come vedremo, sia un diritto così esteso da avvicinarsi alla proprietà? Strana confusione adunque si farebbe di vocaboli non solo, ma di idee giuridiche, a voler denotare come diritto di superficie il rapporto tra l'edifizio e il fondo. Perciò nemmeno in tal senso errato si può discorrere di diritto di superficie.

Del resto in nessun modo può ravvisarsi in quell' articolo un' ipotesi di diritto di superficie. Questo si avrebbe solo, se il mulino, il bagno o altro galleggiante fossero considerati immobili di per sè per il solo fatto dell' aderenza alle acque, al cui proprietario dovrebbero spettare per il principio dell' accessione, mentre ne gode chi non à la proprietà delle acque. Invece non è così: il mulino o altro galleggiante, di per sè solo, è dalla legge considerato come cosa mobile (art. 419); dunque il proprietario delle acque non potrebbe pretendere anche la loro proprietà, perchè quì non sarebbe applicabile il principio dell' accessione, trattandosi appunto di cose che restando mobili non cedono al suolo, e conseguentemente il godimento di essi spettante a chi non sia proprietario delle acque non può considerarsi come diritto di superficie. I galleggianti sono reputati immobili solo quando vi concorrano queste due condizioni: che siano con corde o catene saldamente attaccati alla riva, e che su questa si trovi una fabbrica espressamente destinata al loro servizio. Dunque il loro carattere d' immobili deriva dalla natura dell' edifizio posto sulla riva, e di cui possono considerarsi come una pertinenza: la legge anzi li considera come *una cosa sola* coll' edifizio. E se sono una cosa sola, il diritto di tenere il galleggiante su acque non proprie non può considerarsi come diritto di superficie; perchè il proprietario delle acque non può pretendere per diritto d' accessione la proprietà del galleggiante, non avendo diritto alcuno all' edifizio di cui il galleggiante è parte, perchè quello non è superficie della sua proprietà. Quel diritto adunque di cui l' art. parla non può esser altro che una vera servitù prediale, servitù imposta sulle acque altrui (fondo servente) in vantaggio di un edificio (fondo dominante) che per esser destinato al galleggiante non avrebbe alcun valore senza di essa. E il concetto di servitù prediale ci spiega ancora la disposizione della legge che considera come *una cosa sola* non pure l' edifizio e il galleggiante, ma lo stesso diritto di tenerli sopra acque non proprie, il quale viene così a prendere la natura di una *qualitas* dell' edifizio destinato al galleggiante. E in questo

nostro pensiero ci confermano i Motivi del Codice Albertino (vol. 1.° p. 412) che primo dispose a quel modo, dove si legge che la ragione si fu di « evitare che in un' espropriazione sull' istanza d' un creditore venisse a separarsi la fabbrica natante dall' edifizio esistente sulla ripa, *ovvero la detta fabbrica ed edifizio dal diritto di tenerli*, mentre che l' una o l' altra cosa debbono comporre un sol tutto . . . . Il diritto poi di tenere una di queste fabbriche natanti è pure intimamente connesso coll' esistenza della fabbrica stessa, la quale o non si può più tenere, se non si ha più il diritto, o se è tolta, diviene inutile il diritto; e quindi non deve parimente essere permesso ad un creditore di privare il debitore del diritto lasciandogli la fabbrica natante e viceversa ». Or, se tale fu il motivo della legge, di rendere cioè inalienabile quel diritto preso separatamente, è chiaro ch' esso a nessun' altra figura giuridica meglio risponda che a quella di servitù prediale, che per sua natura, non può alienarsi separatamente dal fondo dominante, con cui, a questo riguardo, può dirsi formare una cosa sola. Come dunque si può parlare di diritto di superficie, che è un diritto liberamente alienabile e trasmissibile?

§. 3. *La superficie è diritto di proprietà.*

Qual' è finalmente la natura di codesto diritto?

La risposta è agevole dopo le cose dette, e l' avremmo data fin dal principio, tanto ne discendeva logicamente e naturalmente, se non ci fosse stato bisogno di sgombrarci il cammino dagl' inciampi della tradizione e de' pregiudizj di scuola.

Il diritto di superficie non è che il *diritto di proprietà* sulla superficie.

Come v' ha una proprietà unita del suolo, del sottosuolo e della superficie, così v' ha una proprietà distinta o separata della superficie del sottosuolo e del suolo. Noi invero abbiam mostrato che sì il sovrasuolo, anche nello stato di spazio aereo, come il sottosuolo siano di per sè oggetti capaci di proprietà: e che la loro unione è dovuta alla pratica necessità per cui la proprietà del suolo sarebbe inefficace, se non si estendesse anche allo spazio e al sottosuolo. Ma questa pratica necessità può venir meno, e vien meno quando il proprietario del suolo rinunzia all' estensione del suo diritto, ed allora cessa di conseguenza la proprietà unita e sorgono le proprietà distinte.

Fu, a dir vero, abbastanza angusto il concetto de' giuristi romani, dipendente dalla poca *facoltà d' astrarre* (facoltà mancante più o meno a' popoli antichi) quello di considerare come un' impossibilità, diciam così metafisica, la separazione della proprietà del suolo da quella della superficie. Tale impossibilità appariva loro di diritto naturale, e quindi assoluta e insormontabile. Ma quello ch' è *naturale* si è che non può concepirsi una superficie esistente *materialmente* senza il suolo, non già un diritto di proprietà sulla superficie distinta da quella del suolo. I Romani trasportarono la impossibilità della distinzione dal campo materiale all' intellettuale e confusero in ciò il fatto col dritto.

Ma come un fondo materialmente formante un corpo solo può dividersi in più parti in senso verticale, così un fondo consistente nel suolo e nella superficie può idealmente considerarsi diviso in senso orizzontale, e si può attribuire a uno la proprietà del suolo e a un altro la proprietà della superficie.

Il concetto fu così egregiamente espresso dal **Proudhon** (1) che le sue parole meritano d' essere qui riportate: « Pour concevoir l' idée du droit de superficie, il faut se figurer dans la pensée un partage de fonds, qui serait fait par un plan horizontal et qui aurait été conçu dans la vue d' attribuer à l' un la propriété du dessus, et de laisser à l' autre la propriété du dessous, comme lorsqu'on partage une maison de manière à adjuger l' étage à l' un et le rez de chaussée à l' autre ».

È inutile spendere molte parole per mostrare che siffatta costruzione giuridica, oltre ad essere l' ultimo grado dell' evoluzione storica del diritto di superficie, è ancora la sola conforme a' principj razionali. Poichè, s' è vero che il diritto deve rispondere alla realtà della vita e de' pratici bisogni, egli è chiaro come al bisogno e all' intenzione di tenere la superficie per sè, come cosa propria, non vi risponda il concetto giuridico di *jus in re aliena,* ma sibbene quello di proprietà, *jus in re mea.* Chi, difatti, acquista il diritto di edificare su suolo altrui, o acquista l' edifizio senza il suolo, non intende già di edificare per conto altrui, o di lasciare la proprietà al venditore. Se tale dunque è l' intenzione de'contraenti, perchè non dovrebbe la legge riconoscerla che a metà: e dire: — godi l' edifizio che hai costruito a tue spese, o che già costruito hai comprato col tuo denaro, godine pure come se ne fossi il pro-

(1) loc. cit.

prietario; ma bada che al mio cospetto l' edifizio non è tuo, ma è di colui che nulla spese per costruirlo, o che ha ricevuto il prezzo dell' opera; e tu non sei che una specie d' inquilino, *quasi inquilinus?* —

Ma a noi non sarebbe sufficiente che l' esposto concetto fosse più rispondente a' principj, se non avesse la sua sanzione nella legge positiva. Noi non ci contentiamo di dire col **Guyot** (2) che quand' anco nessun articolo di legge vi fosse, basterebbe questo solo che la proprietà della superficie non è contro i principj fondamentali del Codice.

V' ha dunque nel Codice nostro, come nel francese, degli articoli che manifestamente esprimono il concetto della proprietà superficiaria. E primo, l' art. 448 ch' è di una portata generale: « Qualsiasi costruzione, piantagione e opera sopra o di sotto il suolo, si presume fatta dal proprietario a sue spese ed *appartenergli, finchè non consti del contrario,* senza pregiudizio però dei diritti legittimamente acquistati da' terzi ». Due sono le presunzioni poste dalla legge: prima che il proprietario del suolo abbia fatto le costruzioni, opere, piantagioni a sue spese: secondo che siano di sua proprietà: entrambe però, non solo la prima (e questo è il grande progresso che il Codice Napoleone segnò sul Diritto romano) ammettono la prova del contrario. Le parole « finchè non consti del contrario » sono decisive. Come si può provare che le opere sopra o di sotto del suolo furon fatte a spese altrui, così ancora può provarsi che siano di proprietà altrui. Ecco dunque manifestamente riconosciuta, come una proprietà del sottosuolo distinta da quella del suolo, così ancora una distinta proprietà della superficie.

Però il **Chironi** (3) in questo stesso articolo scorge il riconoscimento di un diritto reale di superficie, fondandosi sulle ultime parole « senza pregiudizio però de' diritti legittimamente acquistati da' terzi ». E corrobora il suo argomento coll' osservazione che il Cod. franc. (art. 553) il Cod. napoletano (art. 478) e il Sardo (art. 460) adottavano una locuzione diversa « senza pregiudizio della proprietà che un terzo potrebbe aver acquistato »; onde se il Codice italiano ha sostituito l' altra più generale di *diritti*, ciò dimostra l' intendimento di qualificar meglio il diritto del terzo, e

(2) op. cit. n. 238,

(3) *Questioni di Dir. civile*, p. 117.

comprendere nella locuzione ampia tenuta dalla legge l' ipotesi del diritto di superficie.

Ma questa interpretazione è erronea, perchè le parole « finchè non consti del contrario » si riferirebbero solo alla prima ipotesi che cioè le opere siano fatte a spese del proprietario, non alla seconda che riguarda l' appartenenza; mentre la posizione di quelle parole è tale da farle riferire ad entrambe; anzi si riconnettono più alla seconda che alla prima. Non si possono quindi riferire alla seconda ipotesi le ultime parole: « senza pregiudizio però dei diritti legittimamente acquistati da' terzi » (4). Ma quale sarà il significato di quest' ultimo inciso? Per rispondervi, bisognerà rifare la storia dell' articolo. Il codice Napoleone all' art. 553 alle parole « finchè non consti del contrario » aggiungeva « senza pregiudizio della proprietà che un terzo potrebbe avere acquistato o potrebbe acquistare colla prescrizione sia di un sotterraneo inferiore sia di qualunque altra parte dell' edifizio » Il Codice Napoletano art. 478 usò una formola più compendiosa: « però senza pregiudizio della proprietà che un terzo vi abbia acquistato ». Il Codice Albertino, nell' art. 460 riproduceva il disposto del Codice Napoleone, aggiungendo soltanto a « prescrizione » le parole « o in altro modo ». Evidentemente in quell' inciso, come appar meglio dal Codice francese e dell' Albertino non si parla dell' appartenenza delle cose costrutte o piantate, ma di proprietà su un sotterraneo inferiore o altra parte dell' *edifizio:* non ha relazione dunque colla seconda ipotesi che è generale e riguarda l' appartenenza di costruzioni piantagioni e ogni altra opera. E questa interpetrazione ha un valido appoggio ne' Motivi del Codice Sardo (vol. I e. 468) dov' è detto che la redazione dell' articolo conforme al Codice francese « sembra meglio convenire per indicare che si parla *non solo della proprietà delle cose costrutte o piantate di cui nella prima parte dell' articolo e riguardo alle quali già è provvisto colle parole: « finchè non consti del contrario »*; ma altresì si parla delle altre parti inferiori alle stesse piantagioni e costruzioni, il che può applicarsi particolarmente alle miniere ecc. ». Di più si parla di *terzi:* ora tale parola nel Cod. Napoleone non può altro significare che uno il quale non abbia alcuna giuridica relazione col proprietario del suolo: tanto vero che si

(4) **Galeotti**, *Costruz. su suolo altrui. (Annuario critico* del **Cogliolo** an. 1890).

parla di terzo che abbia acquistato per *prescrizione*. Nel Codice Albertino poi parlandosi di terzo che abbia acquistato per prescrizione o *in altro modo*, non può significare quello stesso che nel Codice Napoleone: ma invece, come si rileva dalle parole de' Motivi riportate, uno che non è nè il proprietario del suolo, nè quegli che può vantare diritti di godimento sulle costruzioni e piantagioni. Talchè in ogni caso, *terzo* non è colui al quale vuole attribuirsi il diritto di superficie sulle costruzioni o piantagioni esistenti sul suolo altrui. E tale e non altro dev'essere anche nel nostro Codice il significato della parola *terzi* adoperata nell'art. 448: sono terzi quelli che non hanno la proprietà del suolo, nè il godimento (non diciamo ancora proprietà) dell'edifizio, o della piantagione. Che se è vero che nel nostro Codice la parola *terzo* à così spesso vario e anche contrario significato, pure è adoperata sempre in relazione ad altre due persone strette tra loro in rapporto giuridico: sarebbe questo l'unico caso in cui il superficiario sarebbe *terzo* rispetto al proprietario da cui ha acquistato, senza che vi sia in campo un altro *secondo* qualunque.

Dunque l'ultimo inciso dell'art. 448 è estraneo a' rapporti tra proprietario del suolo e chi ha il godimento dell'edifizio e della piantagione: e si trova colà affatto fuor di posto. Perciò più accortamente nel Codice Parmense, art. 577, nell'Estense, art. 642, nel Codice della Repubblica Argentina art. 2115, e in quello dell'Uraguay, art. 711 non ricomparve quell'inciso (5). Il Codice italiano se fece bene a parlare non più di proprietà ma di diritti in genere, fece male a seguire il Codice Napoleone ponendo in quell'articolo le parole finali « salvo ecc. » ingenerando così dubbj e confusioni. Le parole dunque « finchè non consti del contrario » dicono chiaro che la proprietà delle costruzioni e delle piantagioni può spettare anche a chi non sia proprietario del suolo. Dunque, come non può invocarsi l'inciso finale dell'art. 448 in favore della proprietà della superficie, come ha fatto il **Bianchi**, (6) così esso non giova nemmeno all'opinione contraria di chi ha voluto scorgervi il *diritto reale di superficie*. Finalmente

(5) art. 2515. Todas las construciones, plantaciones, y obras existentes en la superficie ó en el interior de un terreno, se presumen hecas por el proprietario del terreno, *y que a el pertenecen, si no se probare lo contrario*. Esta prueba puede ser dada per testigos, cualquiera que sea el valor de les trabajos.

(6) *Corso di Dir. civ. it.* IX, n. 34 p. 281.

pur volendo concedere che le parole finali costituiscano un' eccezione alla seconda presunzione della legge, si cade in un circolo vizioso volendo comprendere in esso il *diritto di superficie*. La legge parlando di *diritti* in genere avrà inteso riferirsi a quelli da essa riconosciuti, e in altro luogo disciplinati, servitù, ipoteche: bisognerebbe dimostrare che in altro luogo del Codice si parla del diritto di superficie per vederlo compreso in quell' espressione generica. Di più: il Codice parla di diritti *legittimamente* acquistati. Quale sia il modo legittimo di acquistare diritti reali su immobili è indicato negli art. 1314, e 1932: ora in questi in cui l' enumerazione è *tassativa*, non si fa cenno del diritto di superficie: questo adunque non che esser compreso nella ampia locuzione dell' art. 448, ne è manifestamente escluso.

Il legislatore italiano altro non ha voluto dire in quell' inciso che « il proprietario del suolo è proprietario anche di ciò che si trova al di sopra e al di sotto, salvo la limitazione de' diritti reali acquistati da' terzi » ; principio che del resto era inutile enunciare, e che sarebbe stato utile non mettere in quel posto. Poichè altro non si fece che accennare al concetto del limite della proprietà, concetto che si era espresso già nell' articolo precedente, dove si sarebbe potuto aggiungere per esuberanza « salvo i diritti che altri abbia legittimamente acquistati »; benchè non ce ne fosse stato neppur bisogno, poichè le parole « salve le eccezioni stabilite nel capo *Delle servitù prediali* » riguardano non solo le servitù legali, ma anche le convenzionali. E che altro se non le servitù convenzionali (7) possono essere i diritti di cui l'art. 448? Mal si

(7) Il significato di quell' inciso poco si è studiato e punto compreso dà commentatori del Codice, generalmente parlando. Solo il **Del Vitto** (*Comm.* vol. 2.° art. 448) intende che siasi parlato di *servitù*, come si rileva dagli esempi che arreca. Inutile poi confutare coloro che credono abbia il legislatore inteso riferirsi con quelle parole all' acquisto per prescrizione d' un sotterraneo ecc., come disponeva il Cod. francese (**Ferrarotti,** *Comm.* art. 448). Altri poi (**Pasquali,** *Accessione* nel *Dig. italiano* n. 38) crede che « la prova del contrario, e i diritti legittimamente acquistati da' terzi significano qui una sola e medesima cosa, cioè che il terzo che combatte la presunzione, provi di avere non già sulle costruzioni ed opere direttamente, ma sul terreno, sul quale sono state fatte, il dominio o un diritto frazionario del dominio (?!) » Secondo lo stesso A. i vari casi in cui ciò può accadere (proprietà mineraria, una casa divisa per piani, sotterraneo ecc.) rientrano nel concetto delle servitù prediali (!). A dir vero la colpa di tutta codesta confusione è più del legislatore, che degli interpetri.

andrebbe col pensiero all' enfiteusi o alle ipoteche, poichè queste lasciano intero al proprietario l' esercizio del suo diritto, quella meglio che una limitazione è una negazione del diritto di proprietà: restano dunque le sole servitù, come quelle che limitano il godimento del proprietario, sia che *in solo* sia che *in superficie consistant.*

E in questa interpretazione ci conferma l' esempio del Codice spagnolo, il quale colloca le due diverse presunzioni in due articoli diversi, la presunzione dell' appartenenza, e questa *assoluta* nell' art. 350: e la presunzione che le opere siano state fatte dal proprietario a sue spese nell' art. 359 e questa ammette la prova del contrario. Tale separazione delle due ipotesi che nel Codice Napoleone, nell' Italiano e in altri si trovano congiunte è molto significativa: perchè causata da ciò che non si volle estendere all' una la prova contraria ammessa per l' altra; come segue ne' Codici in cui le due presunzioni si trovano unite.

Non vi può dunque esser dubbio che l' art. 448 parli di *proprietà* della superficie ed escluda il concetto di diritto reale.

L' altro articolo riguarda un caso speciale e non è che l' applicazione del primo: è l' art. 562 che considera i diversi piani d' una casa come appartenenti a proprietarj diversi. Ecco uno spiccato esempio di proprietà superficiaria. E invero noi abbiamo visto che il Diritto Romano considerò il rapporto de' varj piani come un diritto di superficie: se il nostro Codice l' avesse ammesso, perchè non applicarlo all' ipotesi dei varj piani? Nè si può fare differenza alcuna tra il caso di un edifizio costruito su suolo altrui, e quello di un edifizio eretto su un altro già esistente. Nè il Diritto Romano la faceva: anche qui entravano in lotta il principio dell' accessione colla volontà del privato di godere *animo domini:* com' era espressamente vietato che fosse considerato proprietario dell' edifizio chi non fosse proprietario anche del suolo (l. 44, §. 1, de O. et A. XLIV, 7), così era ancora vietata la proprietà distinta de' varj piani (l. 25 pr. D. de S. P. U. VIII, 2): onde anche qui trovò luogo opportuno l' istituto della superficie: che anzi secondo alcuni, esso sarebbe nato dalla necessità di godere in più persone i varj piani d' una casa. Ed anche nel diritto intermedio fu da alcuni giuristi considerato come diritto di superficie il rapporto de' varj piani. Si osservò che il possessore della parte inferiore, come proprietario del suolo, *sine quo aedificium esse non potest,* dovesse considerarsi *totius aedificii dominus directus*, chi possedeva poi

i piani superiori come *dominus utilis seu superficiarius* (8). Altri invece partendo dallo stesso principio che il proprietario del suolo o dell' appartamento inferiore fosse proprietario di tutto l' edifizio, ritennero che i possessori de' piani inferiori ne godessero *jure servitutis* (9). Ma v' era una terza opinione, che sconoscendo il principio fondamentale delle, altre fu quella che ebbe l'onore di diventare precetto legislativo nel Codice Napoleone, e nel nostro. E di tale opinione (mi gode l' animo in ricordarlo per l' autorità di tanto giureconsulto) fu il nostro **Card. de Luca,** il quale così scrisse: « *Quilibet dicitur dominus suae partis, perinde ac si essent duae domus inter se distinctæ quot sunt solaria* » (10).

Se dunque il Codice ha considerato come diritto di proprietà quel rapporto che si prestava a ricevere la figura di diritto di superficie e che come tale fu considerato dal Diritto Romano e da alcuni giuristi medioevali, è chiaro che ha voluto escludere il concetto di un diritto reale di superficie. Basterebbe quindi questo solo articolo a dimostrare come oggi per i Codici francese e italiano quello che altra volta si designava col nome di diritto di superficie non sia altro che un diritto di proprietà. Ed invero non credo si possa trovare più alcuno che come il **Niegolewski** (11) sostenga che nell' art. 664 Cod. Nap. (art. 562 del nostro) sia in realtà ammesso un diritto di superficie che s' era in teoria negato nell' art. 553 (448 del nostro): nè chi, più originale, possa credere come il **Zaun** (12) che il Codice Napoleone parlando di *proprietà* e di *proprietarj* nell' art. 664, e 553 adoperò queste parole in senso improprio, e intese discorrere di diritto di superficie, e di superficiarj.

(8) **Andreol,** *Additam. ad Cep.*, 217 e **Carpani,** ad *Cons. Mediol.* ad cap. CCCC, n. 34, fol. 188.

(9) **Cepolla,** *De Servitutibus* cap. 40, n, 10. — **Socinus,** *Cons.*, 139. — **Caball.** *Cons.* 8, lib. 2.

(10) *Theatrum justit. et verit. De serv.* diser. X, e LXX, 23.

Gli scrittori francesi fanno derivare la proprietà distinta de' piani, ch' essi chiamano assai singolare, assai strana (*assez étrange*) da alcune antiche consuetudini. « Les enfants (dice **Dalloz,** *Servitude* n. 917 e seg.) ne voulant pas vendre le manoir de leurs pères le partagaient entre eux. Il y avait le des souvenirs de respect et d'affection qui se seraient blessés par una vente ou par un abandon volontaire de leurs droits en faveur de l' un d' eux. Ce mode de partage qui dans l' indivision, renfermait cependant une division très marquée, etait en usage surtout à Grenoble, à Rennes, et dans la Normandie ».

(11) *De jure superficiar.* p. 53, nota 2.

(12) Op. cit.

Però v'è stato chi pur non disconoscendo che negli articoli citati si parli di una proprietà distinta, ha creduto ch' essi non abbiano valore contro la costruzione del diritto reale di superficie: il **Laurent** (13) in Francia, il **Chironi** (14) in Italia. Dice il **Laurent**: — È vero che il Codice Napoleone ammette la separazione tra il suolo e la superficie, dichiarata impossibile dal Diritto Romano: ma non è questo il vero diritto di superficie. — Sono d'accordo che la proprietà distinta della superficie non è il diritto di superficie Romano: è questo appunto che noi vogliamo dimostrare, ma non segue da ciò che accanto alla proprietà della superficie esista un diritto reale di superficie, se quella adempie allo stesso scopo di questo. Fondata sopra più acuta, non più giusta argomentazione, è l'identica conclusione cui giunge il **Chironi**. Il quale crede pure che « valga nel diritto moderno il concetto di diritto reale di superficie, con contenuto e carattere uguali a quelli che aveva nel diritto romano; indipendentemente dalla distinzione dalla proprietà del suolo e la superficiale (superficie nel significato *comune* art. 440) si può intendere il diritto avente ad oggetto esclusivo le costruzioni o piantagioni elevate sul suolo ». Come può esser ciò? Riportiamo le stesse sue parole, per non correre il rischio di fraintenderle: « Nella prima delle due ipotesi si ha una vera proprietà, non il concetto della superficie: anche tenendo distinta la proprietà sotterranea, questa non può estendersi fino alle parti del suolo esposte alla luce, ed il proprietario del sovrassuolo avrebbe quindi non solo il diritto a quanto esiste effettivamente sopra il suolo, ma a quel tratto di terra, di suolo limitato da un lato dalla parte superiore esposta alla luce, e dall' altro dalla parte inferiore che lo distingue dal sottosuolo. Nella seconda la parte superiore e la parte inferiore potrebbero anche costituire una proprietà sola, e semplicemente alle costruzioni o piantagioni si applicherebbe il concetto della *superficies* (significato giuridico). Se ben si osserva, il primo de' due casi, ove la parola superficie non è adoperata in senso giuridico, e legalmente invece occorre il concetto di proprietà, è quello che si ha nell' art. 440 e nell' art. 447 colla distinzione tra *soprassuolo e sottosuolo;* occorre del pari nell' art. 448 nella parte ov' è ricordata cotesta distinzione, mentre s' ha il secondo nel caso di costruzione o piantagione fatta sul *suolo* altrui. Ebbene in questo primo caso si ha giustamente il

(13) Op. e loc. cit., n. 410.
(14) *Quest. di Dirit.* p. 117.

concetto di proprietà per l'aderenza delle costruzioni o piantagioni a quella parte del suolo che non può appartenere al proprietario del *sottosuolo:* ed è appunto quanto si può notare nell'ipotesi di più proprietarj de' diversi piani, di una casa, perchè il pavimento e il solajo o volta dànno i limiti della proprietà di ognuno de' piani, sebbene il pavimento del piano superiore sia aderente alla volta del piano inferiore. Avviene ciò nel secondo caso quando cioè il diritto della costruzione o piantagione elevata sul suolo sia distinto da ogni diritto sul suolo? Qui si ha la *superficies* nel suo vero senso; e nella legge nulla v'ha che la vieti » (15).

Brevemente, il **Chironi** dice questo: — La legge distingue una proprietà del suolo con ciò che vi sta sopra dalla proprietà del sottosuolo: non già una proprietà di ciò che sta sovra il suolo, ma senza il suolo, in contrapposto alla proprietà del suolo: quindi il diritto su ciò che sta sopra il suolo, e che non s'estende al suolo stesso, non è proprietà, è diritto di superficie. Ma tale conseguenza non è giusta, perchè la premessa è falsa. In nessun luogo del Codice appare che siasi voluto distinguere la proprietà del suolo *soltanto* da quella del sottosuolo, e non ancora una proprietà di ciò che vi sta sopra senza comprendere il suolo medesimo. Non giova per nulla invocare l'art. 440 dove si parla di *superficie* in senso non giuridico: chè anzi esso è favorevole piuttosto alla nostra tesi. Ivi si parla di proprietà del suolo senza quella di ciò che sta *sovra*, e sotto di esso: la parola *superficie* non serve ad altro che a denotare il limite esterno e visibile del suolo; onde parlandosi di proprietà di ciò che si trova sopra la superficie, non s'intende evidentemente includere la proprietà del suolo di cui la superficie è il limite esterno. Nè alcun argomento può trarsi dall'art. 447 dove si parla di *sovrassuolo* e di *sottosuolo* soltanto; perchè in esso non si fa distinzione alcuna delle due proprietà: e si dice solamente del diritto del proprietario di fare *sopra il suo suolo* qualsiasi costruzione e piantagione, e di sotto al suolo qualsiasi costruzione e scavamento. Meno di tutti poi si presta alla tesi con-

(15) Una simile interpretazione dell'art. 448 l'aveva già data il **Pacifici-Mazzoni** (*Comm.* vol. 1°, n. 128, e 168) il quale concepiva una proprietà del sovrassuolo solo in contrapposto a quella del sottosuolo, non già una proprietà del sovrassuolo, senza il suolo: onde la strana ma logica conseguenza a cui quell'autore pervenne, che nelle concessioni di costruire, piantare o fare altra opera sul suolo altrui, s'intendesse ceduto il suolo medesimo.

traria alla nostra l'art. 448, come già abbiamo dimostrato: ivi si parla di proprietà di costruzioni e piantagioni che può spettare a chi non sia proprietario del suolo; dunque non è vero che non si dia proprietà delle costruzioni o piantagioni, quando non si ha diritto sul suolo. Nè il concetto del **Chironi** trova applicazione nell'esempio de' varj piani d'una casa: il proprietario del piano superiore non è proprietario di ciò che è volta o solajo per il piano inferiore, ma soltanto del pavimento che poggia su di esso. Nè il **Chironi** lo nega: ora il solajo o vôlta non rappresenta che il suolo in cui s'innalza il piano superiore, e il pavimento viene a rappresentare ciò che sta sovra il suolo: dunque v'è proprietà di ciò che sta sovra il suolo indipendentemente dalla proprietà del sottosuolo, non solo (quì piano inferiore) ma anche del suolo stesso (quì vôlta o solajo). Mi sembra finalmente poco esatto l'affermare che non si debba discorrere di *proprietà* di superficie, quando il diritto della costruzione o piantagione elevata sul suolo sia distinto da ogni diritto sul suolo. Perchè come da una parte il concetto di proprietà della superficie non implica quello di proprietà del suolo, dall'altra il concetto di diritto di superficie non è vero che escluda ogni diritto sul suolo. Un diritto limitato sul suolo è conseguenza del diritto di superficie, anche per Diritto Romano, come abbiam visto, onde il *solarium* per l'uso del suolo.

La nostra opinione quindi è la sola conforme alla lettera e allo spirito del Codice ed ha il suffragio autorevole della unanime giurisprudenza francese e italiana (16) e di molti insigni scrittori,

(16) Per la giurisprudenza francese si riscontri **Aubry et Rau**, vol. 2.°, pag. 440.

Aggiungi il recente magistrale arresto della Cassazione di Francia 27 aprile 1891 (Cf. *Giurisprudenza italiana*, 1892, vol. XLIV).

Per la giurisp. italiana ci limiteremo a ricordare: Cass. Roma, 6 dicembre 1881 (*Annali*, 1881, 442) — Cass. Torino, 2 luglio 1884 (Rep. *Foro it.* 1884, 1112 C) — Cass. Torino, 10 giugno 1885 (Rep. *For. it.* 85, col. 1128, B) — Cass. Firenze, 18 giugno 1885 (ivi, 1128 A) — App. Genova, 26 novembre 1886 (ivi 1886, c. 882 C) — Cass. Roma, 4 giugno 1888 (*For. it.* 1888, p. I, col. 663) — App. Venezia, 20 dicemb. 1888 (*For. it.* 1889, p. I, col. 305) — App. Genova, 11 marzo 1889 (*For. it.* 1889, p. I, c. 469) Cass. Roma, 29 dicembre 1890 (*For, it.*, 1891, p. I, c. 348) — Cass. Roma, 31 dicembre 1891 (*For. it.*, 1892, p. I, c. 65).

come il **Proudhon** (17), il **Demolombe** (18), il **Marcadé** (19), il **Troplong** (20), i sigg. **Aubry** et **Rau** (21), il **Toullier** (22), il **Garnier** (23), il **Guyot** (24), il **Borsari** (25), il **De Filippis** (26), il **Filomusi Guelfi** (27), il **Bianchi** (28) ed altri.

Questa costruzione giuridica potrà sembrare poco elegante agli amatori delle teorie Romane, com'è parsa strana e repugnante perfino ai principi di dottrina giuridica (29), a noi invece che qui non ci vogliamo occupare di estetica del diritto, basta riconoscere che è dessa sola conforme alla nostra legge positiva; mentre poi d'altra parte essendo più vera e più semplice della costruzione romana, pare doversi preferire a questa, sia pure più elegante.

Nè è a temere che da essa derivino gl'inconvenienti che lo **Zaun** (30) notò: perchè quegl'inconvenienti nascerebbero solo, se si ammettesse come *regola* la proprietà separata della superficie e del suolo, bandendo il principio dell'accessione, non già quando questo abbia vigore in generale, e ceda solo alla prova contraria come il nostro Codice stabilisce all'art. 448.

§. 4. *Caratteri della proprietà della superficie.* *A) È proprietà limitata.*

Ma se il diritto di superficie altro non è che un diritto di proprietà, ha de' caratteri che la distinguono da ogni altra proprietà in genere: essi però non riguardano l'essenza stessa del diritto che rimane inalterata: ma dipendono solo dalla natura dell'oggetto.

(17) Op. e loc. cit.
(18) *Cours de Code Napoleon*, t. IX (Distinction des biens t. I) n. 483.
(19) *Cours de Code civil*, art. 526.
(20) *Locazione* n. 30.
(21) Op. cit. vol. 2.° §. 223.
(22) *Le droit civil français*, vol, 2.° n. 103, 124.
(23) *Actions possessoires*, p. II, cap. II, art. V, p. 145.
(24) Op. cit.
(25) *Com. cod. civ.* vol. 2.° §. 861, all'art. 441.
(26) *Corso di Dir. civ.* vol. IV, tit. V, p. 5-10.
(27) *Enciclop. giur.* §. 47, e *Dir. civile*, *Diritti reali*, (Lezioni litografate) §. 5.
(28) *Corso di Dir. civ.* vol. IX, p. 280, 281.
(29) **Niegolewski,** op. cit. p. 53, nota 2.
(30) Op. cit.

E guardando la natura della *superficies*, materialmente considerata, noi diciamo che tre sono i caratteri oggettivi della proprietà superficiaria, e che si trovano sempre indissolubilmente uniti. 1.° La proprietà della superficie è una proprietà limitata. 2.° È una proprietà immobiliare. 3.° È una proprietà che importa delle limitazioni alla proprietà del suolo con cui ha rapporto.

Che la proprietà della superficie sia una proprietà limitata si comprende facilmente. Il limite però non è nel contenuto del diritto ma solo nel suo obbietto esteriore. La proprietà superficiaria di un edifizio non può confondersi colla proprietà di una casa: il proprietario d'una casa o d'un fondo qualunque è proprietario anche del disopra e del di sotto fin dove il suo pratico interesse può giungere: il superficiario (diciamo così per intenderci) ha la proprietà solo della *superficies* di quello cioè che si trova *supra faciem soli*; il suo diritto trova un limite naturale in quello del proprietario del suolo. Il carattere dunque della limitazione è distintivo della proprietà del sovrassuolo separata da quella del suolo, e dipende dalla natura dell'oggetto soltanto.

Mal s'avvisarono però quegli scrittori, i quali pur confessando che il diritto di superficie è un diritto di proprietà, non temettero di cadere in aperta contraddizione, annoverandolo tra i diritti frazionarj, tra gli smembramenti della proprietà (1). Ma evidentemente qui non si può parlare di smembramento del diritto di proprietà, ma soltanto di divisione dell'*oggetto* della proprietà: nè più nè meno che nell'ipotesi di divisione di cosa comune, o di alienazione parziale di un fondo che si avea per intero. Il diritto di proprietà sul suolo resta intero, e intero è quello sulla superficie; la loro coesistenza importa soltanto una reciproca delimitazione del loro oggetto. La quale consiste in ciò che come il proprietario del suolo non può pretendere la proprietà di ciò che v'è sopra: così il proprietario della superficie non può pretendere d'avere anche la proprietà del suolo.

Ma se il diritto di superficie è un diritto di proprietà limitato in quanto all'obbietto, non è limitato in quanto alla durata. Esso, come ogni proprietà è naturalmente perpetuo: però niente osta che sia revocabile e a tempo; poichè anche quando sia stato concesso a tempo, non si ha per ciò meno un diritto di proprietà. Niuno

(1) **De Filippis,** op. e loc. cit.

invero vorrà sostenere col **Cimbali** (2) che il diritto di proprietà sia *essenzialmente* perpetuo: « il diritto temporaneo che possa vantarsi sopra una cosa, esclude onninamente ogni nozione di proprietà, la quale implica un legame assoluto di padronanza che la prima esercita sulla seconda, e che il tempo, anzi che troncare mantiene e afforza ». Ora tale considerazione, come di leggieri si scorge, serve a mostrare come sia *naturalmente* perpetua la proprietà: ma la logica non consente di dedurne la conseguenza che quell'autore ne trae « che debba reputarsi nulla qualunque convenzione che miri a rendere revocabile o a tempo il diritto di proprietà e per non apposte al testamento quelle condizioni che tendano al medesimo fine, poichè in ambo i casi verrebbe violata apertamente la disposizione esplicita dell'art. 436 ». Strana conseguenza s'altra mai, non fondata ne' principj giuridici e spesso così contraria a' bisogni reali della vita pratica!

E nel caso appunto di proprietà superficiaria è talvolta economicamente utile e conveniente che sia revocabile e a tempo, affinchè la proprietà separata del suolo non sia quasi lettera morta: e ciò talvolta si rende perfino necessario nelle concessioni di proprietà superficiaria da parte dello Stato od altri corpi morali, i cui beni dovendo servire all'uso pubblico, questo non può soffrire che una temporanea limitazione.

E la convenienza economica di costituire la superficie a tempo si scorge, quando si pensi l'utilità grande che può ricavare un impresario, poniamo, d'industria edilizia nell'acquistare il diritto di edificare su suolo altrui per modico prezzo e godere per lungo tempo, come proprietario, delle costruzioni da lui fatte in modo da rifarsi non solo del capitale speso per la costruzione, ma da ritrarne ancora un conveniente lucro; e d'altra parte il vantaggio del proprietario del suolo che avendo goduto sia pure un tenue compenso per il suolo che gli è stato infruttifero per una serie d'anni (e che forse altrimenti non gli avrebbe dato vantaggio alcuno) può diventare proprietario delle costruzioni. Ond'è che nello sviluppo dell'industria edilizia un contratto di tal sorte può riuscire frequentissimo.

(2) *Limitazioni della proprietà* (*Arch. giur.*, vol. 24).

§. 5. *B) La proprietà della superficie è immobiliare. Oggetto della superficie.*

La proprietà della superficie è immobiliare: perciò gli scrittori han detto che il diritto di superficie non è un immobile incorporale, ma un immobile corporale. Il **Bianchi** (loc. cit.) però à criticato questo concetto come erroneo, perchè confonde il diritto di proprietà colla cosa che ne forma l'oggetto, mostrando che se l'art. 415 non ha espressamente annoverato tra *i beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono* anche il diritto di proprietà su cose immobili, fu solo perchè rispetto ad esso non v'erano per simile dichiarazione espressa quei motivi speciali che la consigliavano relativamente a' diritti reali frazionarj. Ma è questa una sottigliezza di ben poca importanza: anche i giureconsulti romani confusero il diritto di proprietà colla cosa (l. 13, §. 1, D., *de damno inf.* XXXIX 2: l. 8 pr. D. *quib. mod. pign. solv.* XX 6: l. 3 pr. D. *de bon. poss.* XXXVII 1; Vatic. fragm. 92) e si può chiamare confusione sapiente.

La proprietà superficiaria non può concepirsi su cose mobili. Essa difatti non è che una eccezione al principio dell'accessione: ma le cose mobili che non sono aderenti al suolo non cedono ad esso. La proprietà del suolo e quella della cosa mobile che per avventura si trova su di esso, sono di per sè, anche materialmente, separate: e niuna relazione nè limitazione reciproca v'ha tra le due proprietà. Il diritto dunque di tenere cose mobili proprie su fondo altrui potrà essere un diritto di servitù prediale, o un diritto personale d'uso: ma esorbita dal concetto di proprietà superficiaria, appunto perchè la cosa mobile non si può riguardare come superficie dell'immobile, benchè si trovi accidentalmente al di sopra. Così non può entrare nella nozione del diritto di superficie il diritto di occupare temporaneamente il suolo pubblico che si concede da' Comuni a privati, mediante il pagamento di una tassa, che sebbene possa appellarsi *solarium*, pure non importa quel diritto pel quale in Roma il *solarium* veniva pagato. Poichè la tassa si paga per concessione d'un uso meramente personale che ottiene il privato occupando il suolo per breve tempo e con cose che sono mobili di lor natura e non cedono al suolo, come banchi in occasione di fiera e simili (1).

(1) **Cereseto**, *Il Comune nel diritto tributario*, Vol. I, p. 514.

Oggetto dunque della proprietà superficiaria sono tutte le cose immobili aderenti al suolo, non solo quelle però che vi sono per opera dell' uomo, ma anche quelle che sono un prodotto spontaneo della natura. La distinzione fatta dall' **Heimbach** (2) non è accettabile. Egli distingue le cose che hanno col suolo un legame esteriore soltanto, da quelle che hanno un legame intrinseco: le prime possono considerarsi come esistenti a sè e capaci quindi di essere obbietto del diritto di superficie, perchè sono create dall' arte dell' uomo, e del suolo sono dipendenza estrinseca semplicemente; le seconde invece ricevendo la loro stessa vita dal suolo, da cui dipendono per un intimo rapporto, non si concepiscono come esistenti a sè. Ma il vero è che se l' edifizio è col suolo meccanicamente congiunto e una piantagione organicamente, sì l' uno che l' altra da una parte non possono materialmente esistere senza il suolo, e dall' altra possono ben concepirsi come idealmente distinti. L' aderenza meccanica od organica delle cose col suolo è completamente indifferente, perchè esse siano oggetto della proprietà superficiaria. Nè v' ha alcun dubbio nella nostra legislazione: nell' art. 448 si parla non solo di costruzioni, ma di piantagioni ed opere in genere. Onde possono essere oggetto di proprietà superficiaria non solo gli edifizj, ma qualunque costruzione in muratura, quindi anche semplicemente un muro divisorio o di cinta: non solo un' intera piantagione, un vigneto, un uliveto, un bosco: ma anche alcune parti di essa, anche de' singoli alberi. Quindi la distinzione della superficie in intera e parziale: la prima quando s' occupa l' intera area; la seconda quando se n' occupa una parte, e la proprietà della superficie appartiene in parte allo stesso proprietario del suolo, in parte ad altri.

È necessaria dunque l' *aderenza* delle cose col suolo, perchè possano essere oggetto della proprietà superficiaria; è necessario ch' esse cadano sotto il dominio del principio « *superficies cedit solo* ». Se questo non è applicabile, non si può parlare di superficie. Erroneamente quindi si penserebbe come oggetto di superficie uno sporto (projectio), un balcone per esempio sporgente sull' area altrui; giacchè alla projezione non sarebbe applicabile il suddetto principio, e d' altra parte la *projectio* non è oggetto di distinta

(2) Op. cit.

proprietà ma appendice d' un altra (3). Così ancora non si può considerare come diritto di superficie il far passare senz' appoggio fili telegrafici o telefonici sul fondo altrui: anche qui non si ha che una specie di projezione.

L' aderenza, come notava già il **Lauterbach** (4) non è necessario che sia immediata, può essere anche mediata: non è necessario cioè che la cosa stessa, obbietto del diritto di superficie, sia in contatto del suolo, come un edifizio, una pianta: ma può essere in dipendenza del suolo per mezzo di altra cosa alla quale aderisce, come il piano superiore d' una casa.

L' aderenza però dev' esser *stabile*: se è momentanea, o non necessaria all' esistenza della cosa, non si può parlare di obbietto di superficie, sempre per la stessa ragione che non può applicarsi la regola « superficies cedit solo » stante il carattere transitorio e non necessario dell' aderenza della cosa col suolo. Non sono quindi oggetto di superficie le tende, le baracche in tempo di fiera, i casotti, i chioschi di venditori ecc. i quali oggetti debbono reputarsi come mobili (5). Nè varrebbe il dire che simili oggetti possono considerarsi se non immobili per natura, immobili per destinazione, come ha scritto ad altro proposito il **Mazzoni** (6). Poichè se s' intende parlare degl' immobili per destinazione, o meglio per *incorporazione*, di cui l' art. 414 Cod. civ., anche per questi è richiesta una *stabile* annessione (art. cit.), se degli altri immobili per destinazione di cui l' art. 413, si commette un più grave errore: poichè sono tali quelli che il *proprietario* di un fondo vi ha posto per il *servizio* e la coltivazione del medesimo; mentre nella nostra ipotesi si tratterebbe di cose poste su un fondo, ma non a servizio di esso. — E questa fu anche l' opinione de' giureconsulti romani. (l. 60 D. *de acq. vel am. rer. poss.* XLI, 1).

Dunque la cosa, oggetto della proprietà superficiaria, è sempre immobile: ed è tale rispetto a tutti, sì al proprietario del suolo che a' terzi. Non è a far distinzione, come nel diritto consuetudinario francese per il *domaine congéable*: nè è a dire col **Hiege-**

(3) V. **Roberti** nelle *Controversie* con **Cujacio**, lib. 3.°, cap. 19 (Op. vol. X, col. 332).

(4) Op. e loc. cit. n. VI.

(5) **Lauterbach**, loc. cit., n. XIII.

(6) *Comm.* vol. I, art. 415, n. 49. — Cf. la confutazione del **Bianchi**, IX, p. 276.

lewski (7) che gli edifizj e le piantagioni per essere considerati come cose a sè, debbono per finzione riguardarsi come mobili. Prima, perchè se la legge nostra ammette delle finzioni per riguardare come immobili cose di per sè mobili, non ne riconosce alcuna perchè cose immobili di lor natura possano a certi effetti tenersi come mobili. Nè vi sarebbe bisogno di tale finzione: basta considerare che v' abbia due fondi distinti, mentre in realtà v' ha unione, perchè si possa concepire la proprietà della superficie. La natura immobile perciò del fondo superficiario non è da disconoscere: perchè questo sarebbe contrario alla legge nostra. Non è quindi in nessun modo giustificabile l' opinione di alcuni scrittori (8) i quali reputarono immobile l' edifizio,solo quando fosse costruito dal proprietario del suolo, e mobile nel caso contrario. Poichè qui non si tratta d' immobili per destinazione di cui l' art. 413 e per i quali si vuole l' opera del proprietario: ma invece di immobili per natura (art. 408). Quell' erronea opinione è dovuta solo a una falsa intelligenza di un luogo del **Pothier**, il quale, vigendo una legislazione sotto cui reputavasi immobili i molini, secondo l' intenzione di chi li avesse legati al suolo in perpetuo, scrisse che un molino a vento debba stimarsi immobile se sia stato piantato sul suolo dal proprietario di questo, non già quando sia stato posto da un usufruttuario o conduttore (9). Ma lo stesso **Pothier**, nel medesimo luogo aveva detto che que' fabbricati che non sono molini, sono immobili perchè fanno parte del suolo, giusta la regola « *quod solo inaedificatur, solo cedit* » senza distinguere se siano costruiti dal proprietario del suolo oppure da un usufruttuario o da un conduttore. Questa dottrina, estesa anche a' molini, è la sola esatta e conforme alla legge (10). E tale osservazione era importante per le diverse e molteplici conseguenze che ne derivano dal considerare una cosa come mobile o come immobile.

Finalmente ci resta a toccare d' un ultima cosa intorno allo oggetto della superficie. Gli scrittori tedeschi questionano se possa una cantina o un sotterraneo qualsia esser oggetto del diritto di superficie: e con ciò intendono dire se in mancanza di testi nelle

(7) *De jure superficiario*, p. 78.

(8) **Delvincourt**, t. I, p. 332, n. 4. — **Championniere** et **Rigaud**, t. IV, n. 3175.

(9) *Della comunione*, n. 37 e 32..

(10) **Pont**, *Priv. et hyp.*, n. 359.

fonti romane che parlino della natura di quel diritto reale di godimento che si può avere su di un sotterraneo altrui, possa esso considerarsi come un diritto di superficie (11). Ma siffatta questione non può aver luogo nel Diritto nostro: il quale come riconosce la proprietà separata della superficie, riconosce anche quella del sottosuolo, che per i principj d'accessione spetterebbe al proprietario del suolo (art. 448). Che anzi il Cod. Napoleone e l'Albertino parlavano espressamente, benchè facendo un inutile ripetizione, della proprietà di un sotterraneo d'un edifizio spettante ad altri: e il nostro Codice considerando la cantina od altro sotterraneo come un piano qualunque della casa (art. 562) ne viene a riconoscere la capacità, se ve ne fosse ancor bisogno, di formare oggetto di proprietà separata. Il diritto adunque su una cantina o altro sotterraneo non è diritto reale; ma diritto di proprietà. La separazione della proprietà del sottosuolo da quella del suolo è anche più facile a concepire che non sia quella della sola superficie: perchè la separazione non è solo ideale ma anche materialmente possibile: quel taglio netto che non si può fare tra superficie e suolo, può farsi tra questo e il sottosuolo; perchè vi si presta la stessa condizione delle cose. E cosiffatta separazione è forse più frequente che non quella della superficie non solo nel campo della proprietà privata ma sì della pubblica. Non è infatti cosa rara il vedere che il sottosuolo sia pubblico, e privato il suolo; come accade nelle gallerie scavate in quella parte di sottosuolo che spetterebbe ai privati, e per es. nella famosa Grotta azzurra di Capri: oppure che il suolo sia pubblico, e il sottosuolo di proprietà privata, come per es. accade nella costruzione di strade al di sopra di case collocate su un pendio, come il Corso Vittorio Emanuele a Napoli. In tutti questi casi non v'è nulla di più strano e singolare che nella divisione tra più persone di un fondo solo: anche qui le sfere delle due proprietà sono distinte e circoscritte, benchè tangenti in un punto, in modo che non v'è confusione nè comunione di sorta.

§. 6. *C) Rapporti della proprietà della superficie colla proprietà del suolo.*

Il punto più delicato, eppure studiato meno, della teoria sulla proprietà della superficie, è quello che concerne i suoi rapporti colla proprietà del suolo.

(11) **Wächter,** op. cit. p. 53.

Per quanto la superficie si possa concepire astrattamente come distinta dal suolo per mezzo d'un piano orizzontale condotto per le linee segnanti il loro contatto esterno, pure non si può disconoscere che in realtà gli edifizj, le piantagioni, oggetto della proprietà superficiaria, non lambiscono il suolo e gli sono sovrapposti, ma si profondano in esso, e in esso hanno le loro radici e fondamenta, da esso ricevono vita e sostegno. E per questo avea ragione il **Leyser** (1) di dire: « Quis enim fando audivit dominum dum jus superficiei alteri concessit, dixisse: aedifica in solo meo, sed cave quidquam, præter supremam terræ faciem attingas? » E a ciò non pose mente chi con istranezza unica pretese che il superficiario non avesse altro diritto che di porre una capanna o altra costruzione amovibile, non già un edifizio che avesse fondamento nel suolo (2).

Se dunque v'ha codesti rapporti naturali, vi dev'essere de' corrispondenti rapporti giuridici: se il proprietario della superficie viene, per forza di cose, a godere anche del suolo; quale sarà l'indole giuridica di tale godimento? Gli scrittori, quelli intendo che han considerato il diritto di superficie come proprietà, generalmente non si sono occupati della questione che pure è importantissima e necessaria perchè la teorica sia compiuta.

Il **Proudhon** (3) che più precisamente degli altri ha toccato la questione, così si esprime: « La superficie comprend deux choses constitutives de sa nature propre. Elle comprend d'abord la construction qui est incorporée au fonds et les produits que la nature fait naître, soit en fruits naturels soit en fruits industriels. *Elle comprend en second lieu* **une participation au droit de propriété du sol même,** *parce que c'est là qu'est le fondement sans lequelle ne pourrait exister réellement*, *ne même être conçue en idée: aedes ex duobus rebus constant solo et superficie* ».

Il **Demolombe** (4) venne però in diversa sentenza: « En effet (egli dice) la superficie, malgré son individualité distincte et à

(1) Op. cit.

(2) **Kreittmayer,** *Anmerk. über den Codex Bav. civilis*, Theil. IV, s. 491, §. 34 citato dal **Dittmar,** p. 32, n. 10.

(3) Op. cit. Seguono l'opinione del **Proudhon,** il **Borsari,** *Com. Cod. civ.* loc. cit. e il **Filomusi-Guelfi,** *Diritti reali*, (Lez. litografate). — Contro: **Vita-Levi,** *Comun.* I, n. 11.

(4) Op. cit.

certains egards indépendante, se trouve pourtant intimement liée au fonds lui même, et pèse sur lui á *l' instar d' une servitude* ». Ma egli espresse il suo pensiero in modo così vago é indeciso che non sai se abbia voluto esporre un concetto giuridico o adoperare un traslato.

Più chiaramente sì, ma anche un po' vagamente il **Guyot** (5) dice: « le droit de superficiaire peut se decomposer de la manière suivante: droit sur le bâtiment, ou plantation qui couvrent le fonds et droit sur le fonds lui même. Le droit sur le fond *se rapproche de très près du caractère des servitudes prediales*, ecc. ». Questo scrittore del resto ha il grave torto, come già abbiamo detto, di aver avuto tale concetto non già per la superficie considerata come proprietà, ma riguardata secondo il Diritto romano, pel quale invece non v' è alcuna distinzione a fare.

È accettabile la teorica del **Proudhon**? Questa teorica, benchè l' autore nol dica, si riconnette a un' opinione quasi universalmente accettata in Francia e anche in Italia cioè che nel caso di proprietà distinte de' varj piani d' una stessa casa, il suolo sia comune ai diversi proprietarj (6). E tale opinione si fonda sull' art. 664 Cod. fran. (art. 562-564 Cod. civ. ital.) dove si parla degli obblighi de' proprietari de' varj piani. Ivi sono designati come cose *comuni* i muri maestri, i tetti, le scale ed altre cose d'uso comune: onde si è argomentato che siano di proprietà comune tutte quelle che servono all' uso comune; e quindi sia comune la proprietà del suolo, perchè il suolo è di sostrato e sostegno a tutto l' edifizio e quindi ai varj piani.

Noi osserviamo che il Codice parlando di cose *comuni*, e usando questa parola larga e comprensiva, si è riferito a due specie di cose diverse che hanno tra loro questo di simile, di servire al godimento di più persone. Ma siccome il godimento di più sopra un' unica cosa può essere non solo *pro indiviso*, ma anche *pro diviso*, così le cose comuni di cui il Codice parla sono e quelle che per servire all' uso comune debbono restare indivise, e quelle che possono dividersi, senza distruggere il godimento di più persone. Il cortile per es. la cisterna, il portone d' ingresso per servire all' uso di tutti debbono restare indivisi: per esse adunque

(5) Op. cit., n. 90

(6) **Laurent,** VII, 417. — **Demolombe,** XI (*Serv.* I), n. 425 bis e seg. **Dalloz,** *Servitude*, n. 917 e seg. ecc.

non si può non parlare di comproprietà. Ma i muri maestri, pur servendo al sostegno dell' intero edifizio possono appartenere *pro diviso* a' diversi proprietarj dal punto in cui un piano comincia a quello a cui termina: il tetto, benchè tutti ne godano, perché ripara tutto l'edifizio dai calori del sole e dall' intemperie, pure non può esso esclusivamente appartenere al proprietario dell' ultimo piano? Lo stesso dicasi pel suolo: perchè non potrebbe essere di proprietà esclusiva del proprietario del pian terreno, pur senza cessare di essere la base dell' intero edifizio? V' ha cose dunque per cui la comproprietà è indispensabile, perchè senza di essa ogni utilità cesserebbe, e cose di cui la comproprietà è semplicemente accidentale (communio incidens). Ora se nel caso in esame deve parlarsi di comproprietà rispetto alle une, non può parlarsene rispetto alle altre. Il Codice adoperando la parola *comuni* anche per le seconde non ha potuto significare cosa diversa da quella che essa significa nel linguaggio giuridico. Ora chi non sa che volgarmente si parla oltre che di una *comunio pro indiviso*, anche di una *comunio pro diviso* che colla vera comunione non ha nulla da vedere? Vorrebbe forse sostenersi che le case divise in più piani siano di comproprietà de' varj utenti, sol perchè nella rubrica del §. 2° della sezione I del capo delle Servitù prediali si parla di *edifizj comuni*? Non può dunque dalle parole adoperate dalla legge dedursi ch' essa abbia inteso parlare della sola comproprietà.

Si potrà opporre. Tutto il ragionamento correrebbe diritto, se si riferisse alle convenzioni de' privati colle quali alcune cose si potranno dividere, altre no. Ma qui invece si tratta di una presunzione di legge. La legge presume di comune proprietà le cose indicate nell' art. 562, in mancanza però di convenzioni contrarie, le quali potranno far sì che alcuna di quelle cose s' abbiano a riguardare divise. Ma quando questa convenzione non v' abbia, e questa è la presupposizione dell' articolo citato, tutte le cose che servono all' uso comune de' proprietarj de' diversi piani sono di loro *comproprietà*; quindi anche il suolo. — Chi così ragionasse, male argomenterebbe dall' art. 562. Ivi non si pone nessuna presunzione circa la natura del diritto, ma si dispone circa gli obblighi reciproci de' varj proprietarj. Onde segue, che quando anche nelle convenzioni fosse espressamente dichiarata la divisione della proprietà di alcune di quelle cose, comuni per l' uso, ma nulla circa l' obbligo delle riparazioni o ricostruzioni, dovrebbero pur valere quelle stesse disposizioni di legge. Le parole dell' articolo sono chiare e non ammettono dubbio alcuno.

V' è di più: poteva la legge mettere una presunzione di comproprietà per cose suscettive di divisione? — La comproprietà, è bene ricordarlo, è di diritto eccezionale: la legge (che è tutt' altro che favorevole al sistema dei colletivisti) l' avversa risolutamente: una comproprietà perpetua, o obbligatoria è considerata come cosa contraria a' principj d' ordine pubblico, e quindi rigorosamente vietata (art. 691). Come dunque la legge avrebbe potuto presumere ciò che è da lei stessa riconosciuto contrario al suo spirito? Come si può dare presunzione di cosa eccezionale? Presunzione generale è invece è quella della divisione della proprietà. Nè si potrebbe ravvisare una presunzione *juris et de jure* di comproprietà per quelle cose che dividendosi cesserebbero di servire all' uso cui sono destinate (art. 683). Poichè esse sono oggetto di comproprietà non per forza di legge, ma per la loro intrinseca natura, per l' impossibilità di fatto di poter servire divise al godimento di più persone. Così per restringerci al caso nostro, come dividere il portone d' ingresso in cinque o sei parti quanti saranno i proprietarj dei vari piani? Una divisione materiale produrrebbe non cinque o sei porte, ma cinque o sei brevi pertugi, buoni tutt' al più per gli uomini di Lilliput. Come dividere un pozzo, senza fare che niuno possa attingere più acqua? E via dicendo. Nè varrebbe opporre gli art. 546, 565, 568, 569 che parlano di muri, fossi, siepi, alberi che si presumono comuni sino a prova contraria. Poichè anche qui abbiamo delle cose che per servire al godimento di più debbono restare necessariamente comuni: onde la prova contraria non può essere quella di una proprietà parziale, ma invece di una proprietà esclusiva dell' intero muro, fosso, siepe o albero, appartenente a un solo; come chiaramente si rileva dagli articoli citati. Dunque nessuna presunzione di legge: è la legge della natura delle cose, è la necessità che deroga alla legge positiva, la quale bene o male, vorrebbe meglio vedere divisione di proprietà che comunione.

Ma un argomento perentorio contro l' opinione che ravvisa dei rapporti di comproprietà tra i varî piani di una casa ci è fornito dallo stesso Codice nell' art. 564, il quale per essere del tutto nuovo, non è stato preso abbastanza in considerazione da' nostri scrittori, intesi a tener dietro ai francesi, oppure fu considerato come un' applicazione del concetto della comunione. Ma il vero è che in quell' articolo si stabilisce un principio diametralmente opposto a quelli che han valore in tema di comunione. Infatti

mentre nell' art. 677 relativo alla comunione in generale, sta scritto che « uno de' partecipanti non può fare innovazioni nella cosa comune, ancorchè le pretenda vantaggiose a tutti, se gli altri non vi acconsentano » nell' art. 564 invece è disposto, benchè in forma negativa, che il proprietario dell' ultimo piano d' una casa può alzare un nuovo piano o una fabbrica, senza consenso de' proprietarj degli altri piani: questo consenso è necessario solo nel caso che l' innalzamento possa produrre danno. Or se i muri maestri e il tetto fossero comuni, come avrebbe potuto il legislatore permettere che fossero fatte nelle cose comuni innovazioni tali come l' innalzamento d' un nuovo piano, senza il consenso dei comproprietarj, non solo nel caso che l' innalzamento fosse a tutti vantaggioso, ma quand' anche non arrecasse utile alcuno, purchè non seguisse danno? Nè si potrebbe parlare d' un' eccezione alle regole della comunione: poichè un' eccezione siffatta è assolutamente incompatibile col principio e lo esclude del tutto. Nè ha peso ciò che disse taluno il quale non dissimulò l'obbiezione che poteva moversi all' opinione volgare: — trattarsi di comunione passiva non attiva nell' ipotesi de' varj piani di una casa appartenenti a diversi proprietarj — (7) poichè, a parte l' esattezza di tale distinzione, la comunione attiva o passiva, positiva o negativa che sia, è sempre comunione: il principio dell' art. 677 è generale, la legge non fa distinzioni di sorta, nè poteva porre regole contrarie alla natura di quell' istituto.

A me sembra perciò che male si siano apposti quegli scrittori che nell' art. 562 hanno voluto scorgere de' rapporti di comproprietà. Se comproprietà v' è per talune cose, dipendente, come s'è detto dalla loro stessa natura, il fondamento giuridico se ne trova non in questo, bensì nell' art. 683.

Il **Bianchi** (8) però col suo acume cerca di trovare altrove il fondamento della comunione del suolo tra i proprietarj dei diversi piani d' una casa. Dev' esserci (così egli ragiona) un nesso intimo tra l' art. 562 e l' art. 448. Letteralmente la presunzione dell' articolo 448 è diretta ad argomentare la proprietà dell' edifizio dalla proprietà del suolo, anzi che questa da quella. Però siccome que-

(7) **Galdi,** *La posizione giur. del propr. dell' ultimo piano (Filangieri,* vol. IV, pag. 419).

(8) Nota alla Sentenza della Corte d' Appello di Parma, 16 Luglio 1890 (An. critico del **Cogliolo,** Anno 1891).

sta stessa presunzione è fondata sul concetto che la proprietà di un edifizio vada congiunta di regola alla proprietà del suolo, così si può ritenere consacrata implicitamente nell'art. 448 anche l'altra presunzione che provata la proprietà dell'edifizio, ne risulti pure provata la proprietà del suolo sottostante, salvo prova ulteriore contraria. Nè questa sarebbe una *estensione* della presunzione, poichè non si fa altro che interpretare la legge integrandola nel suo concetto organico e razionale, cavarne fuori ciò che già vi è implicito. Ora se si tien conto dei motivi a cui è ispirata la presunzione scritta nell'art. 448, cioè de' rapporti di fatto che esistono tra un edifizio e il suolo che lo sorregge, e in vista de' quali si sostiene come cosa più normale che il proprietario dell'uno sia anche proprietario dell'altro, sarà da dedursene che a que' motivi corrisponda meglio la presunzione di un suolo comune a' proprietarj de' diversi piani, anzichè la presunzione d'un suolo spettante eslusivamente al proprietario del pian terreno.

Noi crediamo che il **Bianchi** invece di limitarsi a meglio dichiarare il contenuto della presunzione dell'art. 448, l'abbia estesa e abbia creato una nuova presunzione. Intenderei benissimo trattarsi di semplice interpretazione dichiarativa, non di una estensione, se la presunzione dell'art. 448 fosse assoluta come nel Diritto romano: dicendo la legge: « chi è proprietario del suolo è sempre proprietario dell'edifizio » l'interpetre avrebbe ragionevolmente potuto dire che sarebbe bastata la prova della sola proprietà dell'edifizio per ritenersi provata quella del suolo: alla stessa guisa che nelle fonti romane ora l'edifizio si trova considerato come accessione del suolo, ora il suolo come parte dell'edifizio. Ma avendo la nostra legge ammessa la prova contraria, la proposizione « chi è proprietario del suolo è proprietario ancora dell'edifizio » anche *logicamente* parlando è *inconvertibile* nell'altra « chi è proprietario dell'edifizio è proprietario ancora del suolo » poichè il concetto di proprietario d'edifizio non coincide per estensione e comprensione coll'altro di proprietario del suolo. E soltanto apparentemente si ripara all'errore logico, aggiungendo nella seconda proposizione « salvo la prova contraria » com'è nella prima. Perchè sempre vengono a spostarsi que' termini che non si doveano: le parole « salvo ecc. » si riferiscono nella prima proposizione al concetto di proprietario del suolo, nella seconda invece a quello di proprietario dell'edifizio, concetto che non equivale al primo. E dall'errore logico deriva l'errore giuridico: poichè si viene a

creare una nuova inversione dell' onere della prova che la legge non ha previsto. La legge ha addossato al convenuto il carico della prova della proprietà dell' edifizio, che sarebbe spettata allo attore proprietario del suolo, solo in vantaggio di questo, avendo creduto che la prova della proprietà del suolo sia così comprensiva da indurre anche quella della proprietà della superficie. Invece capovolgendo la presunzione, il carico della prova invece di spettare all' attore, proprietario dell' edificio, si rovescierebbe sul convenuto: mentre pure la prova fatta dal primo non è per lo spirito della legge così comprensiva da fare indurre una dimostrazione della proprietà del suolo. Viene dunque a crearsi una novella presunzione che la legge non pose. E nella mia opinione mi conferma ancora il Codice della Repubblica Argentina che pur avendo gli stessi principi sull' accessione, stabilisce, per soverchio di chiarezza, nell' art. 2521 nel modo seguente: « La propriedad de obras establecidas en el espacio aéreo, que se encuentran sobre el terreno, *no causa la presuncion de la propriedad del terreno;* ni la propriedad de obras bajo el suelo, come una cantera, bodega etc., tampoco crea en favor del proprietario de ellas una presuncion de la propriedad del suelo ».

Ma sia pure possibile il rovesciamento della presunzione, questo gioverebbe più alla nostra tesi che alla contraria. Se è vero che naturalmente i piani superiori sono stati innalzati, quando un piano terreno già esisteva, basterà che il proprietario di questo dimostri la sua proprietà del piano, perchè gli sia riconosciuta la esclusiva proprietà del suolo. Il fatto posteriore dell' innalzamento de' piani superiori non può bastare di per sè a convertire una proprietà esclusiva in comune: si richiede la prova di speciale convenzione od altro titolo.

Il vero è che nella nostra legge v' ha un valido argomento contro la comunione del suolo, sfuggito sinora a chi s' è occupato della questione: e si trae dal terzo comma dell' articolo 562, com' è stato interpretato dalla dottrina e dalla concorde giurisprudenza (9). Qual cosa di più analogo al suolo che il palco che divide piano da piano? il palco infatti può dirsi il suolo su cui immediatamente poggia il piano superiore. E quale cosa che più di

(9) **Laserra,** *Interpetraz. dell' art. 562 Cod. civ. Arch. Giur.* vol. 17. — **Lomonaco,** app. XIII del III vol. della trad. it. del **Laurent.** — **Chironi,** *Quest. di Dir. civ.* qu. XVIII, p. 79.

esso si mostri comune al proprietario del piano superiore a cui serve di suolo, e a quello dell'inferiore cui serve di tetto? lo stesso corpo materiale è pavimento per l'uno, volta o solajo per l'altro. Eppure la legge tracciando una sottile linea di distinzione, ha presunto che la parte superficiale che costituisce il pavimento apparteuga al proprietario del piano che vi sta sopra, e l'altra parte, che costituisce la volta o solajo, a quello del piano che vi si trova sotto. Se dunque la legge non ha fatto comune ciò che pure realmente è, come avrebbe potuto fare il suolo, che più facilmente si può concepire come proprietà esclusiva del proprietario del pian terreno?

Non v'ha perciò comproprietà del suolo per i proprietari dei varj piani, e tanto meno per il superficiario: dico tanto meno, perchè per il superficiario non si trova un appicco qualsia nella legge positiva. E da questo aspetto avea ragione il **Laurent** di chiamare campata in aria la teoria del **Proudhon**. Essa metterebbe infatti una presunzione di comproprietà non riconosciuta dalla legge.

Qual'è dunque la natura de' rapporti tra la proprietà della superficie e quella del suolo? Or che abbiamo demolito, ci bisogna ricostruire: e domandiamo daccapo: qual'è l'indole de' rapporti tra i proprietarj de' varj piani? per potere argomentare dal caso singolo alla superficie in generale. Adoperando il metodo dell'osservazione, noi non possiamo negare che esista tra le varie proprietà dei piani tale uno *stato di fatto* che impedisce al proprietario dell'uno far della cosa che serve all'uso comune quello che più gli aggrada, benchè gli appartenga in parte, mentre poi esso solo gli rende possibile il godimento di quella parte che gli appartiene. La limitazione è compensata da una estensione di godimento: e si ha tutto un sistema di *reciproche limitazioni*, limitazioni in verità per modo di dire, perchè in luogo di restringere il godimento, sono esse sole che lo rendono possibile. L'obbligo dunque del proprietario del pian terreno di tollerare che la parte del muro maestro sottostante sopporti il peso della fabbrica che vi sovrasta, e l'obbligo correlativo del proprietario di questa di non innalzarla a tal segno da danneggiare l'intero edifizio; l'obbligo di riparare distribuito tra i varj proprietarj, quand'anche la ripazione sia necessaria in una parte che appartiene a uno di essi esclusivamente, ecc. son tutti obblighi che si spiegano benissimo colla considerazione che altrimenti il diritto di proprietà sulle singole parti dell'edifizio non potrebbe restare in piedi.

I rapporti dunque tra i varj piani d'una casa sono delle limitazioni *naturali* e *necessarie* della proprietà e per tali la legge le riconosce (10). Sono delle *servitù legali*, se così piaccia chiamarle, adoperando un'espressione assai impropria della legge. E a tal concetto ricorse talvolta non erroneamente la giurisprudenza francese (Corte di Grenoble 15 giugno 1832, e Corte d'Aix 26 aprile 1845); e se la sola ragione su cui si fondavano que' magistrati, tratta dalla posizione che nella legge occupa quell'articolo (*il titolo delle servitù legali*) non basta davvero a giustificarlo, onde lo rigettava il **Laurent** (11), non può dirsi, mi sembra, lo stesso dopo le precedenti considerazioni. Nè migliore è la ragione del **Laurent** che il Codice sotto il titolo di servitù legali comprende molti diritti che servitù non sono. È vero, rispondiamo, ma sotto quella denominazione impropria si comprendono ancora le limitazioni legali e naturali della proprietà: perchè dunque i rapporti tra i proprietarj de' varj piani non rientrerebbero in quel concetto?

E tale ragionamento vale anche per i rapporti della proprietà superficiaria in genere con quella del suolo. Per la natura delle cose, la superficie è connessa indissolubilmente col suolo: anche distinte le due proprietà, la connessione *naturale* riman sempre. È questa la parte di vero e la spiegazione insieme del concetto erroneo de' Giureconsulti, che il proprietario del suolo fosse anche proprietario dell' edifizio non solo per diritto civile ma e per diritto *naturale*. Se dunque la connessione di fatto dura nonostante la distinzione giuridica, è chiaro che, come la proprietà della superficie è per sè limitata dalla proprietà del suolo, così reciprocamente questa da quella.

E solo il concetto della *limitazione naturale* è conveniente a spiegare que' rapporti: perchè è il solo che risponde alla realtà delle cose. Mentre così rispondenti non sono quello della comproprietà nè quello della servitù, che ora esamineremo. E invero col concetto della comproprietà si viene a riconoscere qualcosa di più che la realtà de' bisogni richiede: quello della servitù disconosce in tutto tale realtà.

Infatti perchè la proprietà della superficie esista, è necessario, ma basta, un godimento del suolo limitato a ciò ch'è necessario

(10) Vedi la nota dell' **Ascoli** alla sentenza citata (*For. it.* 1891).
(11) vol. 7, n. 487.

all' esistenza della superficie: ma ammettendo la comproprietà ne verrebbe che il proprietario della superficie sarebbe proprietario anche del suolo; e quindi sarebbe superfluo parlare più di superficie: ne verrebbe che il proprietario della superficie avrebbe anch'egli diritto al tesoro, per es. all' acqua che sgorgasse dal suolo artificialmente o naturalmente e via discorri. Ma che necessità vi ha di godere queste utilità che non hanno relazione alcuna col godimento della superficie? Si concede dunque in tal modo più di quello che la necessità delle cose domandi.

Il concetto della servitù è, logicamente, ancora più erroneo: disconosce del tutto la natura delle cose. La servitù non è che un collegamento tra due fondi c' hanno un' esistenza a sè, un' individualità distinta anche materialmente. Ma la superficie e il suolo sono materialmente congiunti: se la superficie non ha una materiale esistenza distintamente dal suolo, come si può chiamare servitù il rapporto tra essa e il suolo, quando la servitù suppone una distinzione materiale? Nè ci si può opporre la contraddizione: se abbiamo detto concepibile una proprietà della superficie distinta da quella del suolo, è questa una giusta astrazione che serve di fondamento al diritto di proprietà separata. Ma l' astrazione per quanto legittima, ha i suoi confini, oltre de' quali non può spingersi, senza cadere nell' assurdo e nel ridicolo. L' astrazione è giusta, quando trova suo fondamento nella realtà: or questa stessa realtà che l' è di fondamento, le serve ancora di limite impreteribile. E di vero, se si può concepire la superficie distinta dal suolo, per ciò che riguarda il *diritto* di proprietà, ciò trova appunto la sua base nel reale godimento della superficie che può esser distinto da quello del suolo, ne' vantaggi economici che la superficie può produrre distintamente da quelli che il suolo può dare. Ma non si può andare al di là: astrarre non significa fantasticare. Concepire la superficie come un fondo *materialmente* distinto dal suolo per considerare come servitù il loro reciproco rapporto è un evidente assurdo. La servitù è un collegamento *esterno* un *quid extrinsecum*, accidentale a due proprietà contigue sì, ma indipendenti; invece il rapporto tra superficie e suolo è intrinseco, essenziale, necessario non alla loro maggiore utilità ma alla stessa *esistenza*. Il concetto dunque della servitù, invece di spiegare la natura del rapporto, lo disconosce: fa apparire come qualcosa di aggiunto e di estrinseco ciò che invece è intrinseco ed essenziale.

Distrutto il concetto della servitù, si viene a distruggere il concetto non meno erroneo che gli si collegava, che cioè il diritto di superficie fosse un diritto risultante dalla somma di un diritto di proprietà più un diritto reale, che fosse un diritto di proprietà con coda o appendice di servitù. E l'erroneità produceva le sue conseguenze pratiche: se vi è oltre il diritto di proprietà, un altro diritto che s'aggiunge ad esso, quale ne sarà la vera natura? Servitù? ma questa vuol essere stabilita dalla legge o dal fatto dell'uomo: ma la legge non stabilisce una servitù in favore del superficiario: che sarà dunque quel diritto appendice, quando manchi la convenzione che stabilisca la servitù, la prescrizione e magari la destinazione del padre di famiglia? La conseguenza scendeva diritta dalle false premesse che, mancando il titolo, non vi avesse diritto reale. Fu già giudicato da' nostri magistrati (12) che il diritto di edificare su suolo altrui, benchè importasse un diritto di proprietà sulle costruzioni future, non fosse poi che un mero diritto personale verso il proprietario del suolo, per ciò che riguardava la facoltà di scavare per innalzare l'edifizio. E che meraviglia, se lo stesso **Lauterbach** (13) aveva asserito « superficiarius in ipso solo nullum jus habet in re, sed saltem *ad rem* ut dominus scilicet concedat superficiem in solo habere » e il **Dittmar** (14) avea sostenuto il medesimo errore, partendo appunto da quella falsa distinzione? Invece, rigettando la distinzione, non v'è alcun dubbio: si può senz'altro asserire coll'**Hellfed** (15) « Superficiarius gaudet jure superficiem habendi in fundo alieno, **Hinc** *omnia ea sine quibus ipsam superficiem habere nequit, in fundo facere sicque fodere, infixum ponere etc.* ».

In conclusione: distinguere la proprietà della superficie dal diritto di un limitato godimento del suolo, non si può: perchè sarebbe scindere ciò che è inscindibile. La proprietà della superficie è proprietà immobiliare: per essere immobiliare dev'essere aderente al suolo: proprietà sulla superficie e diritto sul suolo sono una e medesima cosa. Definendo perciò il diritto di superficie « diritto di proprietà sul soprassuolo » con ciò stesso s'intende detto del diritto che compete sul suolo limitatamente all'esistenza della

(12) Ap. Genova 11 marzo 1889 (*For. it.* 1889 p. I c. 469).
(13) op. e loc. cit. n. XX.
(14) op. cit.
(15) *Iurispr. forensis* §. 1586, e seg.

superficie stessa. E da questo modo di concepire la natura dei rapporti fra la proprietà del suolo e quella della superficie sorge spontanea la conseguenza sulla misura dell'estensione del godimento sul suolo. La misura è data dalla necessità stessa d'innalzare la superficie sul suolo o di serbare quella già esistente. Tutto ciò ch'eccede questa necessità esorbita dalla sfera dei diritti del superficiario.

§. 7. *Diritti e obblighi del proprietario della superficie e di quello del suolo.*

Dalle cose dette si comprende agevolmente quali siano le facoltà del superficiario: sono tutte quelle che competono a un proprietario. Ha quindi il pieno diritto di godere e disporre della superficie, come meglio gli aggrada, può cambiare la sostanza della cosa e anche distruggerla, tranne convenzione contraria, alienarla e trasmetterla in eredità o legato, imporle servitù, concederla in usufrutto e uso, gravarla d'ipoteche.

Su questo è inutile soffermarci di più: solo vogliamo notare che l'usufrutto o l'uso concesso sulla superficie, in caso che questa perisca, non continua sull'area, perchè esso non cadeva sulla casa (ædes ex superficie et solo) ma sulla superficie senza il suolo. —

Riguardo poi all'ipoteca ripeto ciò che già il **Bianchi** (1) à osservato: che solo colla nostra costruzione della proprietà superficiaria si rende possibile l'ipoteca della superficie, non già con quella del diritto reale. Poichè se l'enumerazione dell'art. 1967 è tassativa, come giustificare l'ipoteca del diritto di superficie? Invano il mio illustre e venerato maestro (2) aveva col grande suo acume notato che riconoscendo l'ipotecabilità del diritto di superficie non si veniva ad *estendere* l'art. 1967 a casi non previsti, ma si veniva soltanto a dichiarare il contenuto del n. 3 che parla de' diritti dell'enfiteuta; se la superficie è non altro che l'enfiteusi urbana. Perchè se non è vero che il diritto di superficie sia una enfiteusi, quell'argomento viene a crollare. — L'ipoteca concessa sulla superficie si estende al suolo, quando questo venga per caso in proprietà del superficiario, perchè il suolo è naturalmente parte dell'edifizio, e può considerarsi come sua accessione (art. 1966).

(1) op. e loc. cit.

(2) **Gianturco,** *Studj sulla trascrizione* ecc. §. 83, p. 132. — Il **Chironi** però (*Istit.* §. 215) nega l'ipoteca della superficie.

E viceversa, il diritto d'ipoteca sul nudo suolo concesso dal proprietario di esso si estende alla superficie, se la proprietà di questa venga ad unirsi alla prima. Ed è naturale, poichè cessando la separazione riprendono vigore le regole che riguardano la proprietà unita: ond'è pienamente applicabile la l. 21 D. *de pign. act.* XIII, 7: *Domo pignori data, et area ejus tenebitur. Et contra jus soli sequitur ædificium* ». Nè nasce alcuna difficoltà se nello stato di separazione delle due proprietà, alcuno abbia acquistato ipoteca sulla superficie, altri sul suolo: poichè unendosi le due proprietà, come l'ipoteca del suolo si estende alla superficie, così l'ipoteca della superficie si estende al suolo; onde l'oggetto delle due ipoteche di duplice ch'era prima diventa unico e comune per entrambe: cosicchè quel creditore sarà poziore che prima iscrisse la sua ipoteca, senza che si possa badare se l'abbia accesa sul suolo o sulla superficie.

Il proprietario della superficie ha diritto, come abbiam detto, a servirsi del suolo, ma solo ne' limiti di ciò ch'è strettamente necessario al godimento della superficie. Non solo quindi iperbolica, ma assolutamente erronea, e contraria all'indole della superficie è l'opinione del **Leyser** (3), accettata in sostanza anche dal **Gesterding** (4), che il superficiario possa fare nel suolo tutti quegli scavi che vuole, e farsi un nascondiglio se così gli piace nel centro della terra. Invero chi avesse così matta voglia, invece della proprietà della superficie, dove regnano l'aria e la luce, potrebbe acquistare la proprietà del più recondito sottosuolo e tenere così compagnia alle talpe e alle formiche.

Il proprietario del suolo all'incontro può fare nell'interno del suolo tutto ciò che non noccia alla superficie ad altri alienata: può per es. scavarsi un sotterraneo; e gode di tutti que' vantaggi, siano pur pochi, che il suolo diviso dalla superficie può dare. E invero se appare ben poca l'utilità del suolo senza la superficie, in caso che questa consiste in un edifizio, può essere anche rilevante, quando consista invece in alcune piantagioni: se al superficiario spetta per es. la proprietà degli alberi soltanto che vi sono in un fondo, l'erba sarà del proprietario del suolo. In ogni caso la possibilità di alcuni utili c'è, e questa basta perchè si possa parlare di proprietà distinta.

(3) op. cit.

(4) *Lehre von Eigenthum* p. 447.

E sebbene il mondo non sia pieno di tesori, come argutamente nota il **Laurent**, (5) pure, se per avventura alcuno si venga a scoprire nel suolo, su di esso potrà vantare diritti il proprietario del suolo soltanto, tranne i diritti che potrebbe vantare il superficiario in qualità di scopritore.

In quante alle cave, miniere, torbiere, quand'anche si trovassero in esercizio, nessun diritto compete al superficiario. La contraria opinione del **Proudhon** che dice applicabile per analogia le regole riguardanti l'usufrutto, è priva d'ogni fondamento. Che il diritto sulle cave miniere ecc. competa all'usufruttuario, si comprende dacchè il suo diritto cade anche sul suolo: ma non si comprende pel superficiario c'ha la proprietà della superficie soltanto.

E come v'ha due diritti distinti di proprietà, così v'ha ancora due distinti possessi: possesso del suolo, e possesso della superficie. Tanto al superficiario che al proprietario del suolo competono le azioni possessorie a tutela del loro possesso non solo contro gli estranei ma all'uno contro dell'altro e reciprocamente. Così il proprietario del suolo può esercitare azione di manutenzione, se il proprietario della superficie faccia per es. delle escavazioni non comprese nella sfera de' suoi diritti, e il proprietario della superficie può agire in possessorio contro il primo, se questi nel suolo faccia opere che danneggino la sua proprietà. Così si dica della denuncia di opera nova, azione di danno temuto ecc.

Il superficiario finalmente è tenuto al pagamento delle imposte e de' pubblici tributi che gravano la proprietà: poichè (come giustamente nota il **Proudhon**) (6) « il suffit de remarquer que la contribution foncière n'est considérée, en droit que une délibation à prendre sur le fruit du fonds ou sur l'utilité de la jouissance de l'heritage, soit qu'il s'agisse des fonds ruraux, ou des bâtiments ».

Riguardo poi a' rapporti tra proprietario del suolo e il superficiario, quando abbia termine la concessione, se a termini fu fatta, essi saranno regolati dalla convenzione. Quindi il proprietario del suolo potrà diventare anche della superficie con o senza rimborso, il superficiario potrà avere il *jus tollendi* ecc. In mancanza di convenzione, non mi par dubbio che sia applicabile l'art. 450 cap. ultimo; il superficiario cioè, dovendo considerarsi in buona fede, avrà diritto a pretendere

(5) vol. 8 n. 428.
(6) op. cit. n. 3730.

la minor somma tra lo speso e il migliorato, e impedire che il proprietario del suolo preferisca la distruzione delle opere (7).

§. 8. *Modi di acquisto.*

È inutile parlare dell'occupazione. Anche ammettendola come modo d'acquistare beni immobili, questa non può per natura stessa delle cose riferirsi alla superficie. Per occupare una superficie, dovrebbe necessariamente occuparsi anche il suolo: quindi non è possibile con quel mezzo la divisione della proprietà.

Nè si potrebbe parlare di specificazione. Questo modo d'acquisto non è riconosciuto per gl'immobili nè dal diritto romano nè dal nostro, al contrario di ciò che fu nel diritto barbarico, che fece prevalere al principio dell'accessione, quello del lavoro (1). Quindi il solo fatto di aver piantato o edificato sul suolo altrui a proprie spese e con materiali proprj non potrà mai far sorgere il diritto di superficie. La costruzione o piantagione cede al suolo, e ne diventa proprietario il proprietario del suolo (art. 450). Chi ha costruito o piantato, altro diritto non ha nel caso che il proprietario preferisca di tenersi le costruzioni o piantagioni, che d'ottenere o il valore de' materiali e il prezzo della mano d'opera oppure, a scelta del proprietario, l'aumento di valore recato al fondo; il che significa in altre parole che il proprietario del fondo è obbligato a dargli il meno tra lo speso e il migliorato (art. cit. cap. 2.°) Questo diritto si ha in caso sì di buona che mala fede. Solo però, quando buona che mala fede vi sia, il proprietario non può pretendere che le costruzioni o piantagioni sian tolte. Nè può parlarsi di proprietà superficiaria acquistata per specificazione nel caso dell'art. 452: quando cioè nella costruzione di un edifizio si occupasse in *buona* fede una *porzione* del fondo attiguo e la costruzione si fosse fatta *a saputa* e *senza opposizione* del vicino. Poichè in tal caso può essere dichiarato di proprietà del costruttore non solo l'edifizio (chè solo allora potrebbe parlarsi di diritto di superficie) ma e il suolo occupato, come la legge chiaramente dice. Quest'articolo inoltre come eccezione al principio dell'accessione è di strettissima interpretazione: quindi non è applicabile, quando si sia per intero costrutto sul fondo altrui, nonostante che

(7) Contro **Chironi**, *Istituz.* I §. 205.

(1) **Simoncelli** op. cit.

vi sia, oltre la buona fede, il tacito consenso del proprietario: nè quando la buona fede vi manchi, o il tacito consenso.

La specificazione quindi non potrà mai invocarsi come titolo d'acquisto della superficie, quand'anche si dimostri la scienza e la mancanza d'opposizione da parte del proprietario del suolo.

Bisogna ora discorrere della *convenzione*.

Basta un consenso in qualunque modo manifestato per fare acquistare la proprietà delle superficie?

Alcuni giudicati han dato risposta affermativa (Ap. Venezia, 20 dic. 88 For. it. 1889 p. I. col. 305 e Cass. Roma 16 Luglio 1890 nella *Giurisp. It.* XLIII, I, 15) e tale decisione ha trovato sostenitori (2), e contraddittori. Ma per vedere se essa sia giusta o no, bisogna ben esaminare quale sia la natura d'una convenzione con cui il proprietario del suolo concede ad altri il diritto di costruirvi o piantarvi rinunziando al diritto d'accessione. Non v'ha, nè può, esservi alcun dubbio che quando la costruzione o piantagione esiste di già, la convenzione che accorda il diritto di goderne e disporne senza il suolo, sia traslativa di proprietà, e come tale soggetta all'art. 1314 Cod. civ.: il dubbio è nato quando la costruzione o piantagione sia da farsi.

Si è detto che una tale convenzione non è traslativa di proprietà tanto da chi ha creduto bastare un consenso in qualunque modo manifestato, quanto da chi l'ha negato.

Il ragionamento de' primi è stato questo. Poichè il diritto di superficie è un diritto di proprietà, non un diritto reale, la proprietà sorge colla piantagione o costruzione fatta: quando queste dunque non esistano, la concessione di edificare, di piantare fatta dal proprietario del fondo non trasferisce alcun diritto reale, perchè nè la superficie è diritto reale, nè la nuova proprietà è sorta ancora: è concessione quindi di un semplice diritto personale d'uso o godimento del suolo, la convenzione sarà locazione, comodato, precario, e come tale non soggetta ad alcuna forma.

(2) **Casini,** Nota alla sent. App. Venezia 20 Dic. 88. (*For. it.* p. I, col. 305) e **Galeotti,** Nota alla sent. Cass. Roma, 10 aprile 1890 (*Annuario critico* del **Cogliolo** an. 1890, p. 344). La Giurisprudenza comincia a seguire l'opinione più sana, richiedendo l'atto scritto per la convenzione con cui il proprietario del suolo rinunzia in qualsivoglia modo alle costruzioni da erigersi sul suolo medesimo in favore del costruttore; e assoggettando l'atto alla tassa di registro stabilita per i trasferimenti. Cf. Cass. Roma 10 Aprile 1890 (*Giurisp. It.* XLIII, 3, 157), Cass. Roma 31 Dicembre 1891 (*Giurispr.*, XLIV, I pag. 205).

Altri invece (3) partendo dallo stesso principio erroneamente sì ma più logicamente, è andato all'opposta sentenza, che non si acquisti con simile convenzione nemmeno la proprietà della costruzione o piantagione; ragionando così: « Il permesso di edificare esclude soltanto il diritto del proprietario del suolo a far togliere la costruzione compiuta: ma la proprietà di questa appartiene sempre al proprietario del suolo; perchè si è acquistato il diritto di fabbricare o piantare sull'altrui, non già un diritto reale sull'edifizio o piantagione ».

Ed invero, se soltanto un diritto personale si acquista con la convenzione che dia facoltà di edificare per conto proprio su suolo altrui, quale fondamento potrebbe avere la proprietà che sorge dopo? La convenzione? ma se questa non è traslativa di diritto reale! Il fatto stesso della costruzione? ma questo, come abbiam visto, non è abile a produrre la proprietà della superficie: il principio dell'accessione prevarrà, il costruttore non avrà altro diritto in grazia della sua buona fede, se non che il proprietario non lo costringa a tor via le opere fatte. Strana conseguenza davvero, se si ottiene un così magro risultato, mentre pure era intenzione delle parti di acquistare un diritto di proprietà! L'intenzione de' contraenti che di solito ha forza di legge in tal caso sarebbe del tutto vana. Il **Segré** l'ha detto chiaramente, che la convenzione con cui il proprietario del suolo rinunci in favor del costruttore al suo diritto di accessione, ossia dichiari di volere che l'edifizio o le piante cadano anzicchè in sua proprietà in quella di chi ha costruito o piantato, non può avere alcun giuridico effetto. S'è data così a codesto diritto d'accessione una forza misteriosa e oltrapotente da vincere la stessa forza della volontà: esso s'acquisterebbe non solo senza volontà, ma contro volontà! Eppure una tal forza non gli proviene dalla legge: la prova contraria di cui si parla nell'art. 448, non è detto in alcun luogo ch'essa debba essere fornita da titolo *posteriore* all'avveramento dell'accessione: potrà benissimo esserle anche anteriore. Ma il **Segré** per temperare le rigide conseguenze a cui giunge, concede soltanto che la convenzione abbia effetto quando possa considerarsi come vendita di cose future: la proprietà così passerebbe al costruttore, dopo che il diritto d'accessione si fosse *ipso jure* avverato: per-

(3) **Segré,** Nota alla sent. Cass. Roma 29 Dicembre 1890. (*For. it.* 1891 pag. I, e 348).

ciò a questo solo effetto è necessaria la forma scritta. Ma quale diritto avrebbe il concessionario perchè la cosa futura potesse divenire esistente, perchè il suo diritto di proprietà venisse a concretarsi? Null'altro che un diritto personale verso il concedente.

Ed è questo appunto, come dicevo, il falso principio da cui son mossi quei contrari ragionari.

Ma noi abbiamo già detto che cosa sia la proprietà superficiaria. Se que' magistrati e quegli scrittori ne avessero avuto il giusto concetto, non avrebbero certamente creduto che la concessione di edificare, piantare nel suolo altrui generi un diritto personale e che non abbia quindi bisogno di forma determinata, nè che sia impossibile giuridicamente una rinunzia al diritto d'accessione, non ancora avverata, e nemmeno ancora che vi possa avere soltanto alienazione di cose future.

Se la proprietà della superficie fosse una proprietà senza relazioni di sorte col suolo, essi avrebbero avuto ragione: ma, come abbiamo innanzi dimostrato, la proprietà della superficie non è campata in aria; l'*insula superficiaria* non è una casa fabbricata sull'arena: al contrario, proprio perchè s'abbia proprietà della superficie, è necessario un limitato godimento del suolo: chi concede la proprietà della superficie, con ciò stesso e senza altra dichiarazione di volontà, concede il godimento del suolo, necessario a quello scopo. E questo godimento non può dirsi diritto personale a tanto maggior ragione che non può dirsi nemmeno un diritto reale distinto: esso è parte essenziale del contenuto della proprietà superficiaria nella cui sostanza si comprende. Quando io dico: ti concedo di edificare e piantare sul mio suolo, per tuo conto, con ciò vengo a concederti quel diritto di godere del mio suolo che n'è il sostrato, e potrebbe concepirsi, se così piaccia, come la stessa proprietà superficiaria ancora in germe, in embrione: vengo con ciò stesso a limitare al suolo e a ciò che gli sta di sotto la mia proprietà che s'estendeva anche al di sopra. Dunque non è a parlare di un diritto personale: la stessa azione reale che mi compete per la tutela del mio diritto di proprietà sulla superficie, tutela anche quel diritto di limitato godimento sul suolo ch'è incluso inscindibilmente nel primo.

Nè ciò vale solo per il caso di opere già esistenti: ma anche per quelle di là da venire. Male infatti in questo caso si parla di alienazione di cose future. Poichè se, giusta quello che abbiamo detto, quando ti concedo di edificare piantare sul mio, ti concedo

implicitamente e necessariamente tutto ciò ch' è indispensabile perchè la tua proprietà abbia effetto, e vengo in tal modo a restringere la sfera della mia proprietà che non può più d' ora innanzi considerarsi estesa allo spazio sovrastante: è chiaro che l'alienazione da me così fatta è alienazione di cose presenti e non future; perchè cose presenti sono il soprasuolo ch'esce dalla mia proprietà, e di cui tu devi avere il libero ed esclusivo godimento, e il suolo stesso di cui devi avere l' uso limitato perchè la tua proprietà si concreti. Ciò ch' è futuro è la costruzione o piantagione, cioè il modo in cui si concreterà il diritto del superficiario.

L' intenzione delle parti al momento della convenzione non era rivolta direttamente a questo modo, a questa forma: ma alle condizioni necessarie perchè questa forma potesse aver vita. Il proprietario del suolo che concede ad altri il diritto di costruirvi per suo conto, generalmente parlando, e tranne volontà contraria, non si cura se tu edifichi un sontuoso palagio, o un umile tugurio, una casa di piacevoli trattenimenti o un opificio: egli non fa altro che rinunziare a quel diritto di godimento esclusivo del sovrasuolo che per forza di legge gli spettava. Dall' istante della concessione la proprietà del concedente si viene a limitare all' esclusiva proprietà del sottosuolo e a quella del suolo compatibilmente alla mancanza di disposizione dello spazio sovrastante, che spetta libera e piena al concessionario. Il quale, tranne convenzione contraria, potrà costruire quello che gli piacerà e quando gli piacerà, potrà ancora non usare addirittura del suo diritto. E quand' anche vi fosse alcun patto che ingiungesse un obbligo di piantare o di costruire, e di costruire o piantare in un determinato modo, si avrebbe non una condizione sospensiva, ma piuttosto un *modus*, un'obbligazione del concessionario, avente, come tale, un' efficacia risolutiva (art. 1165): il concessionario acquisterebbe al momento della convenzione la proprietà dello spazio sovrastante al suolo altrui per farne quell' uso determinato, e solo non facendolo, la perderebbe.

La concessione dunque di proprietà superficiaria importa sempre *alienazione:* poichè tale è la rinunzia del diritto di proprietà sulle cose esistenti sopra il suolo, od anche sullo spazio nudo che gli sovrasta: è alienazione di cose *immobili*, perchè tali sono non solo *le opere*, gli oggetti aderenti al suolo, ma lo stesso spazio ch'è al di sopra del suolo (art. 440): è alienazione di cose *presenti*, perchè quando manchi ancora l' oggetto aderente al suolo, non

manca il suolo cui l'oggetto deve aderire nè lo spazio in cui deve aver vita. Perchè importa alienazione di proprietà immobiliare, dovrà dunque esser necessaria la forma scritta (art. 1314): chi vorrà dimostrare la sua proprietà sulla superficie, non basta, come si è preteso, che provi soltanto la non appartenenza di essa al proprietario del suolo: l'art. 448 accennando a una prova contraria non poteva significare che bastasse una prova negativa: una prova *contraria* alla presunzione di legge dev'essere positiva, deve tendere a dimostrare che la proprietà della superficie sia diventata di altri che non è proprietario del suolo: e questa prova non può essere che l'*atto scritto*. Perchè poi è alienazione di cose presenti, il concessionario acquista il diritto sulla superficie al momento stesso della convenzione, e potrà agire con azione reale contro chiunque per potere effettuare il suo godimento. Il contratto però dev'essere anche trascritto per avere efficacia contro i terzi (art. 1932). Onde segue che quando il proprietario abbia trascritto il suo titolo d'acquisto, potrà far valere il suo diritto contro un altro che posteriormente abbia acquistato la proprietà del suolo stesso: mentre secondo la teoria che ammette un semplice diritto personale, questi potrebbe sconoscere la precedente convenzione.

Dalle cose finora dette discende che solo con un contratto traslativo di proprietà può acquistarsi il diritto di superficie, quindi con la vendita, la donazione, la permuta, la costituzione di rendita fondiaria.

Ma non potrebbe anc'oggi acquistarsi la superficie per mezzo di locazione, che fu a Roma, se non l'unico, il modo d'acquisto ordinario e che fu frequente ancora nel diritto comune?

Alcuni scrittori moderni dimenticando di scrivere sotto l'impero d'una legislazione codificata che tante modificazioni e tanti sostanziali mutamenti à arrecato al vecchio diritto, hanno insegnato, senza punto dubitarne, che anche oggi il diritto di superficie possa derivare da locazione. E (cosa mirabile!) son quegli stessi che pur ritengono essere il diritto di superficie una vera proprietà. Il **Troplong** (4) dopo aver definito come proprietà il diritto di superficie, non si perita d'insegnarci a distinguere una locazione a colonia da una *locazione di superficie*. « Il contratto di fitto di una superficie deve avere una durata lunga: se è limi-

(4) *Locazione* n. 30.

tato a 3, 6, 9 anni non sarà che un contratto di colonia ecc. ». Lo stesso dice il **Proudhon** (5).

Evidentemente fu la reminiscenza e più la falsa intelligenza del Diritto romano, che indusse quegli scrittori in così erronea opinione. Noi abbiamo studiato in qual modo la locazione producesse in Roma il diritto di superficie: non era la locazione di per sè, come non avrebbe potuto esser la vendita od altro contratto, che faceva acquistare il diritto reale: ma questo dipendeva dall'equità del pretore, che concedeva o no l'azione reale, secondo i casi. Fu solo nel Medio-evo che fu concepita la locazione come produttiva di diritto reale per se stessa. Ma sotto l'impero dei Codici francese e italiano non può ammettersi il principio del Diritto medio-evale. Quand' anco si voglia ritenere che il diritto che in ogni caso deriva dalla locazione sia reale e non personale (vecchia opinione che oggi si tenta di galvanizzare) (6) questo diritto reale sarà quel determinato godimento di cui la legge parla, sarà il diritto di essere rispettato nel godimento del fondo da qualunque terzo, ma non sarà altro *jus in re* e tanto meno la proprietà della superficie. Nello stesso Diritto francese che riconosce il *bail à congément*, che produce quegli effetti che abbiamo studiati, la proprietà della superficie non deriva dalla locazione come tale, ma dalla vendita che l'accompagna. Non può dunque la locazione essere un modo d'acquisto della superficie, sebbene fatta a lunghissimo tempo.

Ma non può darsi il caso d'una locazione in cui con una clausola accessoria il locatore rinunzia in favor del conduttore al diritto di accessione rispetto alle costruzioni che questi farà nel fondo locato, limitatamente alla durata della locazione? È questa una concessione di proprietà di superficie o altro diritto, e se la prima cosa, come può negarsi che la locazione sia un modo di acquisto della superficie? A me sembra non possa contestarsi che il diritto del conduttore del suolo di avere come proprie le costruzioni fattevi sia lo stesso del diritto di superficie quale noi l'abbiamo considerato. Non dice nulla la limitazione del diritto alla durata della locazione. Ma d'altra parte non si può negare che cosiffatta clausola è una convenzione traslativa di proprietà: la

(5) op. e loc. cit.

(6) Cf. la traduz. italiana delle *Pandette* di **Windscheid**, Nota de' traduttori, lib 1°. Per l'esposizione e la critica delle due opinioni vedi **Simoncelli**, *Delle locazioni* ecc. n. 2 a 8.

sua forma di contratto accessorio più che di contratto indipendente nulla toglie alla sua sostanza: è sempre qualcosa di diverso e distinto dalla semplice locazione. Si avrà una locazione e una vendita nel tempo stesso, compiute in un unico atto materiale: ma i contratti saranno sempre due. Quindi non per il semplice contratto di locazione il conduttore godrà di quel diritto. Dovrà perciò quella clausola per avere effetto risultare da atto scritto. Ma se, poniamo, la locazione sia fatta verbalmente, essa varrà almeno per la durata di 9 anni, mentre la clausola aggiuntavi di rinunzia all'accessione non avrà giuridica efficacia per tempo alcuno.

Se il contratto di locazione sia fatto per iscritto, ma la clausola non sia espressa, si potrà la rinuncia al diritto d'accessione argomentare dall'insieme delle condizioni e de' patti? Gli scrittori francesi dicono di sì: secondo loro potrà sempre dedursi una tale rinuncia dall'insieme de' patti, specialmente da quello che le costruzioni resteranno ipotecate in garenzia del fitto da pagarsi, o da quello che accorda facoltà di togliere le costruzioni al termine del contratto, in caso che non riuscisse l'accordo sul prezzo da pagarsi dal locatore; specialmente poi, quando oltre tali condizioni, il contratto sia conchiuso per lungo tempo, eccedente la durata ordinaria, o siasi locato un terreno destinato per natura sua a costruzioni, ecc. (7). Ma tale risoluzione non può accogliersi nel Diritto nostro, che, a differenza del francese, richiede l'atto scritto *ad substantiam* per i contratti traslativi di proprietà immobiliare. Quand'anche il contratto di locazione sia fatto per iscritto, ma la clausola relativa all'alienazione della superficie non sia espressa, non si può desumerla dall'insieme de' patti e delle circostanze del contratto: perchè appunto vi manca la forma scritta relativamente ad essa. Un'alienazione non espressa ma implicita, appunto perchè tale, non può dirsi abbia forma veruna.

In tali casi perciò il diritto del conduttore sarà un semplice diritto personale di godimento sulle costruzioni da lui fatte, le quali saranno, secondo la regola generale, di proprietà del proprietario del suolo, quand'anche questi vi avesse tacitamente o verbalmente rinunziato. Ma non per questo le costruzioni fatte dovranno considerarsi come mobili. Degli scrittori francesi che confondono diritti reali con diritti immobiliari, alcuno considerando che il diritto del conduttore sulle costruzioni fatte nel fondo locato è personale,

(7) **Aubry et Rau**, §. 223 2° b.

ne à dedotto che esse siano cose mobili per taluni effetti (8); altri invece riflettendo che l'edifizio è cosa immobile per natura, ha concluso che il diritto del conduttore sulle costruzioni è sempre un diritto reale capace di ipoteca, quand'anche nessuna convenzione vi sia stata (9). Errano e gli uni e gli altri: gli edifizi fatti sul fondo locato sono sempre immobili per la loro natura: da ciò ne consegue che in ogni caso il diritto del costruttore su di essi sarà immobiliare, finchè ne gode: immobiliare reale, se glien'è stata trasferita ne' legittimi modi la proprietà; immobiliare personale, nel caso contrario. Poichè nella nostra legge, non mi par dubbio che i diritti sono immobiliari o no, non avuto riguardo alla loro natura reale o personale, ma esclusivamente all'oggetto cui si riferiscono; come abbiamo altra volta ampiamente dimostrato (10).

(8) **Laurent,** vol. V, n. 415 e 416.

(9) **Flandin,** cit. dal **Dalloz,** *Priv. et hyp.* n. 789.

(10) *Delle c. d. servitù irregolari* (*Archivio giuridico* vol. XLI) cap. IX Cf. anche **Bianchi,** vol. IX, n. 35. Ultimamente il valoroso mio amico, prof. **Simoncelli,** nell'ottima opera « *Delle locazioni de' predii rustici e urbani* » (p. 90-92) ha voluto confutare la mia opinione, e ha creduto tornare a quella più comunemente accettata che i diritti personali siano sempre mobiliari. Però la sua argomentazione non è punto convincente, come quella che sconosce oltre il cambiamento di locuzione apportato nell'art. 415 del Cod. nostro al corrispondente art. del Cod. francese anche il manifesto significato dell'art. 70 Cod. proc. civ.

L'articolo 415 infatti è concepito in termini troppo generici perchè si possa ritenere riguardi solo i casi di azione di rescissione, risoluzione, annullamento. Inoltre l'art. 70 P. C. è decisivo. Ivi si dice in generale che sono di competenza del conciliatore tutte le azioni *personali* ecc. relative a beni *mobili* ecc.; e nel primo capoverso sta scritto: « sono *altresì*... le azioni relative alle locazioni di beni *immobili* ecc. ». Ora, che necessità vi sarebbe stata di aggiungere quel capoverso, se le azioni relative alle locazioni immobiliari fossero di natura mobiliare? Non sono anch'esse personali, non v'è per esse lo stesso limite di valore per la competenza? È chiaro dunque che le azioni, di cui nel capoverso si parla, sono di natura differente da quelle indicate nel principio dell'articolo. Del resto, nessuno scrittore, ch'io sappia, ha messo ciò in dubbio: solo mentre si è ritenuta immobiliare l'azione, s'è incoerentemente reputato mobiliare il diritto corrispondente. Nè mi si può opporre, come l'egregio giurista ha fatto, che se il diritto del conduttore fosse immobiliare, le conseguenze sarebbero gravi: così mentre un amministratore può locare un immobile per nove anni, non potrebbe poi fare la cessione di un diritto di locazione nemmeno per un mese. Poichè questa obbiezione se poteva valere fatta dal **Guillouard** contro **Troplong** che diceva immobiliare il diritto del conduttore, perchè reale, non può aver efficacia contro di me che ritengo immobiliare quel diritto, nonostante che sia personale.

Il diritto di superficie può acquistarsi per successione *causa mortis.*

Finalmente può acquistarsi anche per *usucapione.* A me sembra però che la sola *usucapione* decennale sia un possibile modo d'acquisto della proprietà superficiaria: e può aver luogo quando taluno acquisti in buona fede e con giusto titolo da chi credeva proprietario del suolo e non era, o da chi si vantava superficiario e non era, e possegga pel decorso di 10 anni. Ma in mancanza del titolo, non mi sembra possibile l'*usucapione* trentennale, per quella stessa ragione che non è possibile l'occupazione. Un possesso *animo domini* della superficie porta con sè stesso un possesso anche del suolo: quindi chi possiede la superficie per trent'anni acquista la proprietà unita del suolo e della superficie. Perchè queste proprietà che naturalmente formano una sola si considerino distinte, si richiede l'opera concorde di due volontà che fa sì che ciò ch'è uno si consideri diviso in due, non già il semplice fatto del possesso.

§. 8. *Modi d'estinzione.*

1) *Perimento della superficie?* — Colla distruzione dell'edificio già esistente a tempo della concessione o costruito dopo si estingue il diritto di proprietà superficiaria? Noi abbiamo visto che nemmeno per Diritto Romano il diritto di superficie si estingueva colla distruzione dell'edifizio: tanto più a me sembra dover seguire la stessa sentenza nel Diritto nostro. Se il diritto di superficie è diritto di proprietà, è di sua natura perpetuo. Alcuni però han negato, osservando che se l'oggetto su cui il diritto di superficie si acquistò, non è più, finisce il diritto stesso: ammettere che distrutto il primo edifizio, il superficiario possa costruirne uno nuovo, sarebbe ammettere che uno possa acquistare da sè la proprietà della superficie senza il consenso del proprietario del suolo: se poi questo consenso intervenga, si avrà una nuova costituzione di superficie, non già la continuazione dell'antica. A me sembra che questo parere non sia da accogliere. Anch'esso è conseguenza di quel falso concetto intorno al diritto di superficie, ch'esso sia una proprietà campata in aria, senza alcuna relazione col suolo; che come non esiste prima della costruzione o piantagione, nel quale tempo non si ha che un diritto personale, così non può esi-

stere quando la piantagione o costruzione sia distrutta. Noi abbiam dato invece un concetto diverso della proprietà della superficie. La proprietà della superficie importa godimento esclusivo di tutto lo spazio sovrastante al suolo, godimento che per attuarsi si estende, ne' limiti del necessario, allo stesso suolo: come dunque si concepisce una proprietà della superficie quando l'edifizio o la piantagione ancora non sussistano, così ancora quando siano periti. Talchè quando la concessione della superficie non contenga limiti di sorte, il diritto non finisce con quel determinato edifizio, o con la data piantagione: resta sempre il diritto di godere lo spazio che sta sovra il suolo, quindi di edificare, piantare di nuovo. La contraria decisione è giusta, solo quando la proprietà della superficie sia stata limitata alla determinata costruzione o piantagione esistenti o da sorgere; perite queste, finisce anche il diritto; ma non può sostenersi come regola generale. Il dubbio se siasi voluto in un singolo caso concedere una proprietà illimitata del sovrassuolo, oppure limitata a un determinato obbietto deve risolversi nel secondo senso: e perchè la clausola oscura s'interpreta contro lo stipulante (art. 1137), e perchè merita favore la naturale condizione dell'unione della proprietà del suolo con quella della superficie.

Confusione. — A prima giunta parrebbe che codesto non potesse essere un modo d'estinzione di un diritto di proprietà. Se Tizio possessore di un fondo A, acquista da Cajo la proprietà del fondo B che già altra volta era a lui appartenuto, non segue confusione di sorta: sono due proprietà distinte appartenenti alla stessa persona. Perchè dunque parlare di confusione, se suolo e superficie costituiscono due proprietà distinte? Chi così argomentasse, dimenticherebbe che la distinzione tra suolo e superficie è diversa da quella di due fondi; questa è giuridica e materiale, quella giuridica soltanto: richiede perciò per esistere che vi siano due soggetti di diritto, che vi siano due distinte attività che si dispiegano sulle due parti: ma quando quest'attività è unica, anche la distinzione giuridica cessa, e come s'ha unione materiale di superficie e di suolo, s'ha ancora unico diritto di proprietà. La confusione ha luogo tanto se il superficiario diventa proprietario del suolo che viceversa.

Non uso? — Il non uso anche prolungato per trent'anni non può far perdere il diritto di proprietà. Nell'ampia facoltà che ha il proprietario di godere e disporre della cosa si comprende an-

cora quella di non usarne. Quindi il proprietario del suolo non può pretendere diritti sulla superficie, sol perchè di questa non si sia usato. — Solo se oltre il non uso, vi sia stata l'*usucapione* della proprietà superficiaria da parte di chi aveva il possesso del suolo, allora la superficie sarà estinta.

Divisione? — Può pretendersi dal proprietario del suolo o da quello della superficie, la divisione allo scopo di far cessare quello stato anormale di distacco tra il godimento del suolo e il godimento della superficie? Se i rapporti tra il proprietario del suolo e quello della superficie fossero rapporti di comproprietà riguardo al suolo, niun dubbio che la divisione sarebbe un modo di estinguere la proprietà della superficie. Infatti se il suolo è di proprietà comune anche al superficiario, e non appartiene a quelle cose che per servire all'uso comune debbono essere indivise, come si è innanzi dimostrato, è chiaro che si può domandare la divisione del suolo: ma questa porta per conseguenza la divisione di ciò che gli sta sopra; poichè chi è proprietario esclusivo della superficie acquistando la proprietà esclusiva d'una metà del suolo viene a perdere ogni altro diritto sull'altra metà, e conseguentemente anche a quell'altra parte della superficie che si trovava su di essa, di cui diventa proprietario esclusivo chi è diventato tale rispetto all'altra metà del suolo. E questo è il processo logico di quelli che appunto per aver riconosciuto un diritto di comproprietà sul suolo, ne han dedotto subito la conseguenza che fosse possibile la divisione della superficie (1). Ma rigettato quel concetto, egli è evidente che non può mai pretendersi una divisione, appunto perchè non v'ha comproprietà veruna. — Alcuni autori (2) pur confessando essere impossibile una divisione, desiderano una riforma legislativa che la permetta, affinchè potesse cessare questo stato poco naturale di due proprietà che si limitano reciprocamente, e il cui sviluppo è reciprocamente impedito. Ma davvero a me sembra che cotale riforma non sarebbe l'ottima, perchè non importerebbe se non questo che il proprietario del suolo diventasse proprietario della metà della

(1) Ap. Besançon 19 Dec. 2870 (**Dalloz,** *Receuil* ec. 1873, 2. 167). — Il **Proudhon** però (op. cit. n. 3737 e seg.) non ammette di regola la divisione, tranne in alcuni casi speciali; in questi però v'ha realmente promiscuità di godimento della stessa superficie.

(2) **Guyot,** Op. cit.

superficie, e il proprietario della superficie padrone della metà del suolo. Si avrebbe così nient'altro che un frazionamento in senso inverso del primo: ma sempre uno sminuzzamento di proprietà che sarebbe forse di nessun vantaggio a nessuno de' due proprietari, mentre, così come stanno le cose, se poco o niun vantaggio riceve il proprietario dal nudo suolo, grand'è invece quello del proprietario della superficie. Se una riforma è da desiderare, sarebbe questa di concedere al proprietario del suolo il diritto di esigere dopo un determinato periodo di tempo o la devoluzione della proprietà della superficie o la compra della proprietà del suolo a scelta del superficiario: dico del superficiario, perchè si dovrebbe dar preferenza al principio del lavoro piuttosto che a quello dell'accessione, e perchè la proprietà della superficie ha una importanza economicamente maggiore di quella del nudo suolo. Ma davvero non pare vi sia bisogno di simili riforme: sì perchè i contratti di superficie non sono frequentissimi, sia perchè le parti possono sempre stipulare la revocabilità della concessione.

Finalmente la proprietà della superficie si estingue ancora per la condizione risolutiva, pel termine apposto, per risoluzione del diritto del concedente (3).

(3) Il diritto transitorio in materia di superficie lascia ben poco a dire. Prima del Codice vigente in Italia il diritto di superficie era o regolato da' Codici preesistenti, che, tranne l'Astriaco, disponevano come il nostro, o, dove Codici non v'erano dal Diritto comune. Ma anche in questo secondo caso, non vi può esser luogo a questioni di sorta: poichè la differenza tra il Diritto comune e il nostro non è che meramente concettuale, un *quid juris*, non un *quid facti*, poichè praticamente non v'ha alcuna differenza tra il *dominio utile* e la *proprietà* del superficiario. Solo nel caso che fosse stato concesso in *perpetuo* un diritto di superficie, mediante la corresponsione periodica del *solarium*, sarà applicabile l'art. 30 Disp. trans., per cui tutte le rendite e prestazioni perpetue sono redimibili. In quanto poi a' diritti di superficie, acquistati sotto l'impero del Codice Austriaco, saranno interamente applicabili i principj di gius transitorio che riguardano l'enfiteusi, poichè quel Codice, come più innanzi vedremo, considera il diritto di superficie come un' enfiteusi. — Cf. **Gabba,** *Retroattività* vol. 3° §. 13, p. 185, e **Fiore,** *Disposiz. prelim.* vol. 1° n. 200.

CAPO QUINTO

Casi speciali di proprietà superficiaria.

§. 1. *Costruzioni sul suolo pubblico.*

Anc' oggi si danno esempj di costruzioni fatte in suolo pubblico da privati per concessione dello Stato, della Provincia, del Comune, come a' tempi di Roma imperiale: la concessione naturalmente, conforme alla destinazione del luogo pubblico, è fatta a tempo, scorso il quale cessano i diritti del concessionario e riprendono vita quelli del Comune, Provincia, Stato concedenti. Il **Dernburg** (1) arreca come esempio uno stabilimento costruito sul suolo del *Thiergarten* a Berlino: noi possiamo addurre l' *Aquarium* nella Villa Nazionale ora Comunale di Napoli. Qual' è ora, si domanda, il diritto del costruttore: è un diritto reale o un diritto personale di godimento revocabile ad arbitrio del concedente?

Quelli che ritengono non potersi acquistare nessun diritto reale argomentano dall' inalienabilità del demanio pubblico, il quale deve servire all' uso di tutti e non può essere oggetto di privato dominio, è *res extra commercium.*

Ma in verità, se il suolo pubblico è inalienabile e destinato al pubblico uso, ciò non toglie che su di esso possa acquistarsi un diritto da' privati, quando non noccia all' uso pubblico e forse renda l' uso pubblico più attuabile. Un insigne scrittore che alla conoscenza profonda del diritto privato accoppiò quella del diritto pubblico, di cui fu eminente cultore, così scrisse: « È un grave errore quello di supporre che ovunque sieno cose appartenenti al demanio pubblico, e destinate al pubblico uso, tanto basti perchè con siffatta condizione sia giuridicamente impossibile la coesistenza di diritti privati.... Fin dove si estende il diritto o il legittimo interesse del pubblico, tacciono e rimangono senza operosità e valore le ragioni dei privati; queste ultime poste a fronte di quel titolo superiore ed eminente della destinazione delle cose all' uso e servizio pubblico si considerano come inesistenti. Egli è per garentire e assicurare questo scopo e dentro i limiti del medesimo che le cose di pubblico demanio sono inalienabili, imprescrittibili, non suscet-

(1) *Lehrbuch des Preuss. Privatrechts* vol. I, §. 289.

tive d'appropriazione od altro vincolo di diritto privato. Ma fatta ragione di questo prevalente diritto, assicurata la pienezza di conseguimento, escluso qualsiasi limite e impedimento a raggiungerlo, e a mantenerlo nell'ampia integrità della sua estensione, là dove cessa perciò ogni pericolo di collisione di diritti privati col diritto e interesse pubblico, evidentemente vien meno e invano si cercherebbe un motivo qualunque di assoluta esclusione o incompatibilità di nascimento di siffatti diritti privati, tuttocchè frammisti a cose aventi il carattere di demanialità per la loro destinazione al pubblico uso. Esagerare i mezzi oltre la ragione del fine è pura e viziosa perdita di forze così nel mondo fisico e meccanico come nell'ordine giuridico ed economico. Non di rado codesta oziosa esagerazione si svolgerebbe a detrimento del fine stesso, imperciocchè la sfera delle cose appartenenti a demanio pubblico sarebbe assai più limitata ed angusta, se mancasse la possibilità di eccitare l'interesse privato a creare e moltiplicare i mezzi vantaggiosi al pubblico uso e godimento, concedendo alla privata industria, creatrice di tali cose, la giuridica sicurezza di raccogliere dalle proprie creazioni lucri e profitti, ben inteso sotto la predominante condizione di non dover giammai i medesimi in qualunque guisa offendere e deteriorare la pubblica destinazione e il libero e sovrano esercizio dei relativi diritti dello Stato » (2).

L'inalienabilità dunque ha suo fondamento nell'uso pubblico, or quando questo non viene distrutto, non ha ragione d'essere il divieto d'un uso particolare che un privato possa ottenere. Ma è forse necessario che il diritto del privato sia un semplice diritto personale? No; se il principio assoluto e inderogabile della inalienabilità, come alcuni lo concepiscono, dovesse avere piena efficacia non sarebbe possibile concessione nè di diritti reali, nè di diritti personali. Ciò che non può concepirsi è l'acquisto di un diritto reale, pieno, assoluto, perpetuo, perchè esso verrebbe a ostacolare il fine del luogo pubblico; ma non di un diritto che sebbene reale sia limitato nell'oggetto e nella durata.

Perchè dunque vorrà negarsi che il diritto di chi costruisce sul suolo pubblico sia reale? Non era forse inalienabile anche questo per Diritto romano? eppure era possibile, come abbiam visto, anzi frequente l'acquisto di un diritto di superficie, nè solo per concessione precedente, ma anche senza. E venendo al nostro Codice non

(2) **Mancini,** *Quest. di Dir. civ.* vol. I, qu. II.

è forse un diritto reale di servitù quello di derivare acqua da fiumi, torrenti, che pure sono pubblici (art. 613)? E un argomento ancora non si ricava dall'art. 409 dove si parla del diritto di tenere mulini ed altri galleggianti su acque non proprie (private o pubbliche) diritto che *forma una cosa sola* col diritto di proprietà su quegli oggetti?

Non dubitiamo quindi d'affermare che anche nell'ipotesi di costruzione sul suolo pubblico si abbia un diritto di proprietà, di sua natura limitata in quanto all'oggetto, restando il suolo pubblico com'era, e quì revocabile ancora: il quale limite della revocabilità e temporaneità è conforme alla destinazione del suolo, e non incompatibile coll'indole del diritto di proprietà. Infatti niuna differenza si può scorgere tra quest'ipotesi e l'altra di una alienazione di superficie fatta da un privato sotto condizione risolutiva o a termine.

Avendo dunque il costruttore un diritto di proprietà sulla costruzione fatta sul suolo pubblico, avrà anche il diritto d'ipotecarla. Non vale il ragionamento di chi nega l'ipotecabilità. Il **Ricci** (3) nega, perchè l'edifizio costruito su suolo altrui non è immobile rispetto a tutti nè è assolutamente immobile: « Se il proprietario del suolo consente a ritenersi l'edificio pagando ciò che mi spetta, esso è immobile, ma non perchè io ho incorporato i miei materiali al suolo altrui, ma perchè il proprietario del suolo consente a questa incorporazione e la mantiene: ma costui può obbligarmi a demolire l'edificio; quindi il mio diritto ha sempre per oggetto una cosa mobile, ch'è costituita di materiali ove il proprietario m'obblighi a toglierli, ovvero dall'indennità che m'è dovuta ov'esso preferisca di ritenerli, e questo mio diritto non è capace d'ipoteca ». E applicando questi principj al caso in questione, aggiunge: « Se si ha riguardo a' rapporti tra concedente e concessionario, costui non ha che un diritto o un'azione personale derivantegli dalla fatta concessione, e questo diritto è ben lungi dal costituire un diritto reale immobiliare, se si ha riguardo a' rapporti tra il concessionario e la cosa, questi non ha che de' materiali, che per avuta concessione, può tenere su suolo altrui disposti in forma di edifizio; ma questi materiali sono mobili, dunque non capaci d'ipoteca ». — Tutto il ragionamento, come si vede, si fonda su due erronei presupposti: primo che non possa acquistarsi un

(3) *Corso di Dir. civ.* vol. X, n. 141.

diritto reale sul suolo pubblico, ciò che abbiamo dimostrato falso: secondo che l'edifizio costruito da chi non è proprietario del suolo sia cosa mobile rispetto al costruttore: e anche questo abbiamo visto quanto sia erroneo e infondato nella legge. Curiosa quella perifrasi « materiali disposti in forma di edifizio » che pretende essere una dimostrazione della mobilità di un immobile! Come se i materiali disposti in forma di edifizio fossero tutt' altra cosa che l'edifizio formato da que' materiali. Nè è esatto il dire che il diritto del costruttore è mobile, perchè infine va a cadere su d'una cosa mobile, i materiali o l'indennità. Prima di tutto perchè non sempre il diritto del costruttore su pubblico suolo va a finire in simil guisa: può esser benissimo che al momento della revoca egli non possa pretendere nè *jus tollendi,* nè indennità, l'edifizio dovrà cedere al suolo, senza indennità, perchè il suo prezzo fu abbastanza compensato dal godimento di un tempo più o meno lungo, e tali furono le condizioni della concessione. In quest'ipotesi come sarebbe mobiliare il diritto del concessionario? Ma lasciando stare ciò, e supponendo pure che si abbia il diritto a' materiali e all'indennità, è dal momento della revoca che il diritto diventa mobiliare: ma come può dirsi tale prima di questo tempo, se avea per oggetto un immobile? Forse l'obbietto del diritto fin dal momento della concessione era quell' eventuale diritto a' materiali o all' indennità, e non invece l'edifizio da costruire? È forse cosa nova e inaudita un diritto che d'immobiliare diventa poi mobiliare e viceversa? Forse l'ipoteca cade sul diritto qual'è diventato dopo il termine della concessione, e non invece qual' era prima? Ora se prima del termine l'edifizio era immobile, e il diritto del concessionario era perciò immobile anch' esso, oltre ad essere reale, l'ipoteca è validamente costituita. Sarà un' ipoteca soggetta a risoluzione col risolversi del diritto; ma sarà sempre efficace, finchè il godimento dell' edifizio è presso il costruttore. Finalmente l'ultima obbiezione che il **Ricci** muove, dicendo che se l'edifizio vuole ritenersi immobile per incorporazione, esso deve partecipare della stessa natura del suolo cui è incorporato, quindi è fuor di commercio e incapace d'ipoteca — è un' obbiezione che cade da sè, quando si pensi che la concessione ha avuto appunto lo scopo di derogare al principio dell' accessione.

§. 2. *Tombe e monumenti sepolcrali.*

Da' tempi delle piramidi Egizie sino a' giorni nostri non è stato mai interrotto l' uso di elevare colonne, urne, tempietti, monumenti di qualsiasi sorte in memoria de' trapassati. E anc' oggi ne' nostri cimiteri, mentre i poveri si contentano di entrare nel seno della gran madre, paghi se una rozza croce li ricordi alla pietà de' parenti e de' devoti passaggeri, i ricchi invece hanno per costume di costruire cappelle e marmorei monumenti, portando così la nota della disuguaglianza e della distinzione anche là dove in realtà regna unica e sovrana l' eguaglianza.

Ora quale sarà la condizione di questi edifizj sepolcrali?

Benchè sia alquanto controversa la natura del suolo de' cimiteri, se esso sia patrimoniale, o d' uso pubblico del Comune, io non dubito di accostarmi alla seconda opinione che è predominante e più ragionevole; perchè qual cosa più del cimitero serve all' uso del pubblico? (1) I cimiteri sono per le nostre leggi luoghi affidati alla tutela del Comune, il quale non può esigere alcuna tassa per i sotterramenti che non siano in luogo distinto e privilegiato. Ma la concessione di siffatti luoghi speciali, com' è stato più volte deciso ed è quasi generalmente ritenuto (2) non importa alienazione del suolo: altrimenti un cimitero non sarebbe che per la menoma parte proprietà comunale, e il resto formerebbe un insieme di piccole proprietà private. La concessione di luoghi speciali altro non importa che un diritto di godimento precario non diverso da quello derivante da locazione. Se il Comune vorrà togliere a quel luogo la destinazione di cimitero, lo potrà senza che i privati concessionari de' locali possano accampare diritti acquisiti di proprietà. Ma che sarà degli edifizi innalzati sul luogo concesso? Il diritto che su di essi vantano i privati sarà anche un semplice diritto personale di godimento? saranno quegli edifizj anche di ragion pubblica come il suolo cui aderiscono?

(1) **Cereseto,** op. cit. n. 594 e seg. — **Astengo,** *Guida am.* p. 487. — **Chironi,** nella *Riv. ital.* anno 1889, vol. VII, pag. 435-446 — e tra i francesi **Batbie,** *Droit adm.* V, p. 360 e VII p. 244 — **Ducrocq,** II, n. 538. Contro: **Fadda,** *Diritto de' sepolcri.*

(2) V. **Astengo,** loc. cit.; e **Garnier,** op. cit. p. 168 nota.

Che le cappelle e i monumenti non siano appartenenti al Comune, come il suolo stesso, non potrà dubitarne chi osservi l'intenzione di chi le costruisce « *sibi suisque* » da una parte e dall'altra l'intenzione del concedente stesso che riconosce la volontà del privato di godere per sè, come cosa sua, l'edifizio sepolcrale. Questo adunque sarà di proprietà di chi l'ha costruito (3). Si ha così un caso notevole di proprietà superficiaria. Il suolo era e resta pubblico, ma ciò ch'è al di sopra appartiene a' privati, i quali però non possono pretendere di conservare in perpetuo la loro proprietà, attesa la natura del suolo. Onde anche questa proprietà di superficie sarà revocabile: a tempo della revoca però i proprietari han diritto di tor via le statue, le colonne, i monumenti, demolire le cappelle e andarle a ricostruire nel nuovo luogo (art. 105, 106, 123, 125 del nuovo Reg. di Polizia mortuaria, 11 gen. 1891).

E perchè gli edifizi sepolcrali sono di proprietà privata, sono ancora ipotecabili (4). La quistione invero è molto controversa per l'influenza ch'esercita ancora sulle menti de' giuristi la tradizione delle *res sanctae*: ma a voler applicare senza pregiudizj i principj del Diritto nostro, non v'è luogo a dubbio. Certo sarebbe stato desiderabile che il nostro Codice avesse riconosciuto que' caratteri particolari di alcune cose che le contraddistinguono da tutte l'altre, e diversamente da queste l'avesse trattate: non avendolo fatto, l'interpetre non può creare la legge e sottrarre dal commercio quelle cose che la legge non sottrae. Una tale ipoteca però non potrebbe effettuandosi cambiare la destinazione de' sepolcri i quali potrebbero cambiare di proprietario, ma resterebbero sempre adoperati pel loro scopo speciale.

§. 3. *Strade ferrate.*

Ne' paesi, come il nostro, dove le strade ferrate non sono esercitate dallo Stato stesso, benchè costituiscano un pubblico servizio, s'agita fortemente la questione qual sia la natura del diritto spettante alle Società concessionarie.

Tra l'opinione estrema che la Società non abbia che un semplice diritto personale, e l'altra che abbia l'intera proprietà della strada, vi sono state opinioni intermedie che han considerato quel

(3) **Meucci,** *Dir. amministrativo*, vol, 2°, p. 1ª, p. 72 nota.
(4) **Fadda,** loc. cit.

diritto come un diritto d'enfiteusi, di superficie, un diritto reale *sui generis*.

L'opinione che la Società concessionaria non abbia che un semplice diritto personale, è, si può dire, abbandonata anche in Francia la cui legislazione la favorisce tanto: e la maggior parte degli scrittori francesi ritiene l'ipotecabilità delle ferrovie (1). Nè potrebbe sostenersi più nella legislazione nostra così differente dalla francese, perchè da noi v'ha delle disposizioni speciali che parlano espressamente d'ipoteca delle ferrovie (legge 21 Luglio 1879) (2). Non può quindi dubitarsi che ci troviamo al cospetto di un diritto reale immobiliare. Ma quale ne è l'indole? Diritto di proprietà, o diritto frazionario? Alcuni scrittori per giustificare l'ipoteca sulle ferrovie sono ricorsi al concetto della proprietà. e hanno sostenuto che le società concessionarie abbiano la proprietà piena della strada ferrata, benchè soggetta alle norme speciali di legge e alla devoluzione in pro dello Stato dopo un tempo determinato (3). Ma quest'opinione è giusta solo per alcune strade ferrate che per essere state costruite a spese delle società concessionarie, sono ancora di loro proprietà privata, non per quelle che furono costruite a spese dello Stato, o che già di proprietà privata furono riscattate. Poichè è da sapere che in Italia le strade ferrate, pur non cessando di essere *pubbliche*, possono essere di proprietà privata e di proprietà dello Stato. Tale distinzione è fatta chiaramente nelle varie convenzioni dello Stato colle Società ferroviarie, dove si parla di linee proprietà dello Stato, e di quelle che tali non sono (Cf. art. 4 Capitolato 31 ottobre 1884, Rete adriatica; art. 2 contratto 31 ottobre 1884, rete sicula, e art. 3 capitolato *idem*). Ed invero prima dell'unificazione politica la maggior parte delle ferrovie erano state costruite da Società che ne avevano la concessione e la proprietà. Ma dopo i numerosi riscatti che operò lo Stato, e dopo la legge 29 luglio 1879 che decretava la costruzione di linee complementari, attribuendone sempre la proprietà allo Stato, è chiaro che la maggior parte delle linee ferroviarie appartengono a questo, rimanendo alla proprietà privata solamente quelle che già

(1) **Cotelle,** *Cours de droit administratif*, lib. X, n. 905, 908 — **Batbie,** *Traité de D. adm.* t. VII, n. 256, e V, n. 349 — **Dalloz,** *Priv. et hyp.* n. 837, 839.

(2) **Gianturco,** *Studi sulla trascrizione* ecc. n. 91 a 94.

(3) **Mancini,** *Quest. di Dir. civ.* vol. I, II. — **Mazzoni,** *Priv. e ip.* n. 111. — **Pochintesta,** *Priv. e ip.* n. 107 — **Ricci,** vol. X, n. 141.

concesse nel tempo precedente non sono state ancora riscattate, tra cui figurano in buona parte alcune di spettanza dell' antica Società delle Meridionali, ora esercente la rete adriatica (4). Ora la quistione sulla natura del diritto delle società concessionarie sorge, naturalmente, solo per quelle, non per queste. Resterà tutt' al più a disputare sulla demanialità o patrimonialità loro, ma non si potrà negare che non appartengano al privato (5). Ma l'opinione dominante è questa appunto che le ferrovie siano da equiparare alle strade nazionali, le quali per loro natura e destinazione appartengono al demanio dello Stato (6). E invero la stessa legge dei Lavori pubblici del 1865 nell'art. 1° dice chiaramente: « sono nelle attribuzioni del Ministro dei Lavori pubblici: *a*) le strade *nazionali* così ordinarie come *ferrate* ec. »: e se nel tit. II cap. I « della classificazione delle strade » non si annoverano le ferrate tra le nazionali, ciò nasce dal perchè ivi non si parla che delle strade nazionali *ordinarie*, mentre le ferrate essendo dalla legge contropposte alle ordinarie, se ne discorre separatamente.

Ma d'altra parte, quale sarà l'indole del diritto reale che spetta alle società concessionarie? Che sia servitù è concetto da non accennarsi nemmeno. Nè si può parlare d'enfiteusi specialmente sotto l' impero del Codice nostro che permette all' enfiteuta l' affrancamento. Sarà esso un diritto di superficie? Il **Chiesi** (7) ha calorosamente sostenuto quest' idea: però egli intende il diritto di superficie secondo il concetto Romano; onde non possiamo che accostarglici che in parte.

Crediamo dunque che il diritto reale della società concessionaria sulla strada ferrata costituisca un vero diritto di proprietà superficiaria. Il suolo è, come abbiam detto, demaniale: ma la Società gode per sè, con esclusione di qualunque altro che volesse esercitarvi l'industria di trasporto, le stazioni e i magazzini, le case e i casotti di guardia, le rotaje e tutto ciò che costituisce l' armamento delle strade ferrate. Ora tutto codesto materiale immobilizzato, non può cedere al suolo e seguirne la destinazione; non può cioè ritenersi demaniale

(4) **Giorgi,** *Persone giuridiche,* II, n. 128 e seg.

(5) **Giorgi,** op. cit. e loc. cit.; contro **Gianturco,** *Lez. di Dir. civile* (Corso scolastico 1892).

(6) **Mantellini,** *Lo Stato e il Cod. civ.* II, p. 511 e seg. — **De Gioannis,** *Dir. Am.* §. 901, — **Gasca,** *Cod. ferrov.* v. 1° cap. 5°.

(7) **Chiesi,** *Sist. ipot.* cit. dal **Mancini.**

al pari del suolo, altrimenti niun diritto reale potrebbero vantare le società esercenti. Ma se il suolo è demaniale, e un diritto reale pur l'hanno i concessionarj privati, è chiaro che oggetto ne è tutto quel materiale annesso al suolo e per cui si attua il godimento del suolo allo scopo dell' industria ferroviaria. Questo diritto sul materiale è un diritto di proprietà: è una proprietà superficiaria dunque, in quanto che per l' annessione al suolo è immobiliare come questo. E allora si comprende benissimo come si possa concedere un diritto di ipoteca sulle strade ferrate, ipoteca che affetta la proprietà della superficie consistente in quell' insieme di cose immobilizzate che costituiscono le condizioni dell' esercizio della strada ferrata. In tal modo si spiega assai bene l'esclusività dell' esercizio: e si comprende pienamente l' art. 283 leg. Lav. pub., il quale mette a carico de' concessionarj il pagamento di ogni sorta di tributi pubblici: disposizione che malamente fu spiegata come conseguenza della piena proprietà delle strade, che la società avrebbe, quando quell' articolo riguarda anche l' ipotesi che la proprietà sia dello Stato, e che non si saprebbe poi intendere in alcun modo, se si riconoscesse allo Stato la proprietà intera e alle società un diritto personale soltanto.

E che la proprietà de' concessionari cada sulla superficie soltanto e non sul suolo si può rilevare anche dall'art. 248 della legge sui Lavori pubblici. « Le concessioni delle ferrovie pubbliche si fanno per un tempo determinato dagli atti delle medesime, alla scadenza del quale e per il solo fatto di essa scadenza lo Stato *sottentrerà a' concessionarj nell' esercizio di tutti gli utili e prodotti degli stabili ed opere* costituenti le ferrovie concesse e le loro dipendenze. Dovranno all' anzidetta scadenza i concessionarj consegnare al governo in buono stato la strada ferrata, le opere componenti la medesima, e le sue dipendenze, quali sono l'armamento della via, le stazioni, come le fabbriche tutte che vi sono comprese, le rimesse i magazzini, le officine, le tettoje, e i rilevamenti di caricamento e scaricamento, le case e i casotti di guardia, gli uffizj delle esazioni, le macchine fisse e in generale qualunque altro immobile che non abbia per destinazione distinta e speciale il servizio de' trasporti ecc. » — Lo Stato dunque al tempo della scadenza della concessione non sottentra nel diritto di proprietà del suolo; ma nell'*esercizio di tutti gli utili e prodotti degli stabili ed opere costituenti la ferrovia concessa:* i quali stabili ed opere sono poi minutamente indicati. Ora è appunto ciò che allo Stato prima della scadenza non appartiene, e che per conseguenza è l' oggetto del diritto di proprietà delle Società, proprietà

che per sua natura si può appellare *superficiaria*, secondo il concetto che ne abbiam dato. E questa nostra opinione trova ancora un'altra conferma nell'art. 254 della stessa legge, che prevede l'ipotesi d'inadempienza degli obblighi da parte de' concessionarj. Ivi è detto: « Quando riesca infruttuoso anche il secondo incanto, i concessionari saranno definitivamente decaduti da tutti i diritti della concessione; le porzioni di strada già eseguite che si trovassero in esercizio, cadranno immediatamente in *proprietà assoluta* dello Stato ec. » Ora l'espressione « proprietà assoluta » suppone la proprietà limitata che lo Stato avea prima che la società decadesse dal suo diritto; limitata da un altro diritto che per essere una limitazione dev'essere di natura reale; e altro non può essere, come abbiam visto, che quello di proprietà della superficie spettante a' concessionarj, che unendosi a quella del suolo la rende assoluta. Come pure quell'espressione chiaramente denota che la proprietà non è tutta della società durante la concessione, nel qual tempo si hanno così due proprietà che si limitano vicendevolmente: proprietà dello Stato e proprietà delle società private.

Dunque la vera natura del diritto sulle ferrovie è quello di proprietà di superficie: concetto che tiene il debito conto e de' diritti dello Stato e di quelli dei privati, senza sacrificare gli uni agli altri, armonicamente conciliandoli.

§ 4. *I tramways.*

Se sulla natura del diritto spettante su' tramways alle società concessionarie non si è agitata nella giurisprudenza e nella dottrina così forte quistione come per le ferrovie, pure essa non è meno incerta.

Però le difficoltà per risolvere la quistione a me sembrano di gran lunga minori che per le ferrovie; e ciò per la diversa condizione in cui i tramways si trovano. Senza accennare le varie differenze che passano tra le strade ferrate e i tramways (1), ci fermeremo (ciò che più s'attiene al nostro soggetto), a notare quello che riguarda la loro costruzione. Le ferrovie formano un corpo stradale a sè, richiedono quindi l'acquisto d'un terreno apposta: i tramways invece sono impiantati su strade ordinarie che servono anche al pas-

(1) **Ferraris,** *I tramways e le ferrovie stradali (Archivio giuridico* vol. 22, p. 130 e seg.).

saggio de' pedoni e delle vetture: onde la ragion di dubitare per le ferrovie se il suolo sia demaniale o di proprietà de' concessionarj, non può qui aver luogo. La strada su cui i tramways sono impiantati non può appartenere al privato: essa resta, com'era, nazionale, provinciale, comunale.

Quale dunque sarà il diritto che spetta alle società concessionarie de' tramways? Bisognerà prima esaminare quale sia il contenuto del diritto del privato, per poterne poi definire la natura.

La concessione de' tramways ha per effetto di autorizzare il concessionario a collocare sulla pubblica via il binario, del quale dovranno far uso i suoi veicoli per esercitare il servizio di trasporto. Ora di codesto binario potrà servirsi solo chi ha ottenuto la concessione col diritto di escluderne qualunque altro, oppure questo diritto gli è negato essendo il binario collocato sulla strada pubblica e quindi soggetto all' uso di chicchessia? V'ha paesi in cui è praticamente riconosciuto il cosiddetto principio di concorrenza sulla linea, o libero percorso: delle linee de' tramways può servirsi chiunque, anche chi non eserciti industria di trasporto e senza una speciale concessione, come negli Stati Uniti d'America, dove in molte città il binario dei tramways è tale che le ruote de' veicoli ordinari vi si adattano e lo percorrono a lor grado. Da noi invece questo non s'avvera; e sebbene si desideri ancora una legge sui tramways, pure la giurisprudenza ha ritenuto il diritto esclusivo del concessionario, che perciò ha diritto d'impedire chiunque gli voglia fare concorrenza sulla linea (2). — La questione nacque in Italia non è molti anni, quando la Società ligure de' trasporti applicando il principio dell' accessione credette i binarj de' tramways cose d' uso pubblico, come le strade alle quali aderivano: onde adattati i suoi veicoli a' binarj esistenti, se ne serviva come la Compagnia francese che n'era concessionaria. Questa s'oppose: ma venuta la controversia innanzi al Tribunale di Genova, questo negò il diritto esclusivo della società concessionaria (8 febbraio 1881). Però la Corte d'Appello (1 luglio 1881) e la Cassazione di Torino (17 febbraio 1883) disconobbero il principio da cui era partito il Tribunale, e solennemente stabilirono il contrario. — Sarà bene riassumere le ragioni delle due Corti, come quelle che meglio ci faranno comprendere l'indole del diritto spettante a' concessionarj di tramways. Esse si fondarono sul principio che la proprietà delle ro-

(2) Cf. **Cavaliere,** *Tramways, e una quistione di concorrenza sulla linea (Archiv. giur.* vol 28 pag. 503).

taje apparteneva alle società costruttrici, e negarono che la loro incorporazione al suolo pubblico le rendesse cose pubbliche; perchè il principio dell'accessione non è assoluto, ma ammette una prova contraria, e questa prova ricavarsi dall'atto stesso della concessione. Nè valere l'obbiezione che la strada essendo pubblica non poteva servire al godimento d'un privato, perchè tale godimento non impediva l'uso del pubblico che poteva sempre liberamente usare della strada attraversando e calpestando le rotaje, come se fossero il lastrico stesso, sia a piedi sia con veicoli d'ogni sorta. Fu osservato inoltre che lo stesso Codice civile riconosce il diritto dei Comuni di fissare il modo e le condizioni dell'uso pubblico (art. 432 cap.). Niuno quindi poteva lagnarsi di tale limitazione che conferiva poi anch'essa alla pubblica utilità: nè potersi negare il diritto d'esclusivo godimento della società concessionaria.

Tale è lo stato della giurisprudenza italiana. Il concessionario di tramways ha un diritto esclusivo di godimento e di esercizio. Ma giuridicamente qual'è l'indole di codesto diritto? I magistrati che han risoluto la quistione nel senso surriferito, non l'han definita nè ne avevano il dovere; ma han fornito colla loro decisione tanto che basta per poterne facilmente determinare il concetto.

Evidentemente anche qui si tratta di diritto reale: ma di che specie? Taluni l'han detto diritto di servitù sulla strada: intendendo questa parola non in senso proprio, ma in senso analogico, quello generico cioè di deminuzione del diritto di proprietà, e di alienazione d'un diritto che si separa da questa proprietà (3). Ma invero parlare di servitù in senso generico e indefinito, è lo stesso che non definire addirittura l'indole del diritto reale di cui si tratta.

A me sembra invece non andar errato, se definisco il diritto della società concessionaria, un diritto di proprietà superficiaria, nè più nè meno che per le ferrovie. E in quest'opinione c'induce la stessa autorità de' giudicati che abbiamo riferiti. — Perchè fu riconosciuto il godimento esclusivo de' tramways? Perchè le rotaie sono di proprietà delle società concessionarie. Si ha dunque un diritto di proprietà. — Ma le rotaie non sono mobili, esse invece sono incorporate al suolo; onde il diritto che su di esse vantano le società è un diritto immobiliare per l'oggetto cui si riferisce. L'incorporazione al suolo non ostacola questo diritto di proprietà distinta, perchè si può ravvisare un'eccezione al principio dell'accessione. — Si tratta

(3) **Benvenuti**, *I tramways*, §. 15.

dunque d'un diritto che costituisce un'eccezione al principio: « superficies solo cedit », le rotaie sono private, benchè il suolo sia pubblico: di un diritto ch'è proprietà, d'una proprietà ch'è immobiliare. Non sono questi i caratteri della proprietà della superficie?

A me sembra non possa dubitarsi di ciò. Ma come, si dirà, è possibile che siano della stessa natura il diritto sulle ferrovie e quello sui tramways: quello così esclusivo e assoluto a tal segno da non rendere possibile non solo la libera concorrenza sulla linea, ma neanche il semplice passaggio a piede o con altre vetture: questo invece ristretto a impedire soltanto il libero percorso della linea, mentre coesiste coll'uso libero e pieno che il pubblico fa della strada? All'obbiezione facilmente si risponde notando che la differenza consiste solo nell'estensione del diritto, anzi che nella sostanza, differenza dipendente dalla natura del servizio delle ferrovie che richiede un corpo stradale a sè, ed è incompatibile con altri usi del pubblico che non sia della locomotiva: il che non s'avvera per i tramways. — E non abbiamo forse distinto altri casi di proprietà di superficie ristretta solo a una parte? Come si può avere la proprietà di tutta la superficie d'un suolo, come nel caso di edifizio su suolo altrui, così si ha la proprietà d'una parte soltanto, come nell'ipotesi di proprietà di alcuni alberi; ecc. La differenza consiste soltanto nell'oggetto che ivi è intero, qui è parziale, non nell'essenza stessa del diritto ch'è identica in ogni caso.

E, invero, tanto nelle ferrovie che per i tramways v'ha un materiale mobile che viene immobilizzato: sì nell'uno che negli altri la proprietà del materiale immobilizzato è distinta da quella del suolo in cui si trova; come nel primo, nel secondo caso v'ha un godimento esclusivo. Perchè negare che nell'ipotesi di tramways vi sia un diritto di proprietà superficiaria? Dove v'ha godimento esclusivo d'una cosa, v'ha proprietà: e quando questa cosa sia immobile e benchè aderente al suolo altrui, si considera come indipendente, si ha proprietà di superficie. Ciò è innegabile dopo tutto ciò che abbiamo ragionato. Che poi l'oggetto su cui cade il godimento sia più o meno grande, ciò non importa alla sostanza del diritto.

Conseguentemente, se il diritto della società concessionaria è un diritto di proprietà superficiaria, esso sarà ipotecabile allo stesso modo che il diritto sulle ferrovie. Se finora forse non s'è dato mai il caso d'ipoteca sui tramways, ciò dipende non da impossibilità giuridica, ma dalla circostanza di fatto che l'industria è ancor recente tra noi, e non ha raggiunto tutto lo sviluppo economico di cui è capace.

Finalmente anche il diritto sui tramways è a tempo: nè tale limite di durata esclude il diritto di proprietà, la quale non cessa d'essere proprietà, benchè a tempo: anzi la proprietà superficiaria è di regola a tempo, quando cade su suolo pubblico: e ciò per la natura stessa di questo, destinato a servire agli scopi sociali.

§. 5. *Palchi in teatro.*

Oltre l'uso comune di prendere palchetto di teatro a sera o stagione (caso in cui s' ha un semplice diritto personale derivante da locazione) v'ha pure certi speciali diritti di palco cedibili e trasmissibili con libertà quasi intera, i quali entrano a far parte del patrimonio familiare. Nessuna disposizione legislativa v'è a loro riguardo, ma sì l'antica che l'odierna giurisprudenza ha sempre riconosciuto a questo diritto la natura reale: però regna discordia nella dottrina e nella giurisprudenza intorno all'indole di codesto diritto reale. È desso un diritto di comproprietà, un diritto d'usufrutto, o un diritto di superficie, un *quid dimidium* tra superficie e servitù, un quasi dominio? Tutte le varie idee sono state propugnate: ma sono tutte facilmente confutabili. Non si può appellare diritto di comproprietà, poichè il palchettista non ha diritto fuorchè sul palco, nè ha alcuna ingerenza nella proprietà del resto del teatro: non servitù, perchè questa suppone l'esistenza di due fondi che qui non vi sono: non usufrutto, perchè ogni servitù personale è essenzialmente limitata alla vita del concessionario, mentre il diritto de' palchi è trasmissibile e alienabile: non un diritto di superficie, come i Romani lo concepivano, perchè esso, come abbiam visto più non esiste nel diritto nostro, e tanto meno un *quid dimidium* tra servitù e superficie o un *quasi dominio*, che non sai che cosa egli sia, e tanto vale non darne definizione alcuna.

Ma l'opinione predominante è che sia un vero diritto di proprietà: essa fu accolta nell'antica giurisprudenza dall'*Auditor Camerae*, a cui in Roma, sotto i Pontefici, era attribuita l'inferiore giurisdizione, con sentenza 11 giugno 1846, la Rota perugina, 15 dicembre 1841, *coram* De Cursii; e nella moderna dal Tribunale di Livorno, 16 settembre 1882, dal Trib. di Firenze, 18 aprile 1870, dalla Cass. di Torino 13 aprile 1872; e tra gli scrittori dal **Salucci** (1),

(1) *Giurisprudenza de' teatri* p. 97, 98.

dal **Rosmini** (2), dal **Mazzoni** (3), dal **Pochintesta** (4), e più strenuamente di tutti dal **Gabba** (5). Questo stesso concetto si trova espresso nell'istrumento pubblico del 1778 con cui vennero definiti i diritti rispettivi del demanio e de' palchettisti sul teatro della Scala a Milano, e nello Statuto sociale del teatro di Lodi del 1840, come ne attesta il **Gabba**.

E invero abbandonando l'idea che il diritto de' palchi sia servitù o altro diritto frazionario, in altro modo esso non si può concepire che come un diritto di proprietà. Ammesso tale concetto si comprende ancor bene come esso possa considerarsi come diritto di servitù: *servitus prospiciendi* ne' rapporti del palco col resto del teatro: poichè allora solo si può intendere la servitù, quando il palco si consideri come un immobile a sè, come un oggetto di proprietà distinta. Alcuni (6) han voluto negare il diritto di proprietà fondandosi principalmente sulla considerazione della circostanza di fatto che il palchettista non può fare del palco l'uso che più gli aggrada, non può farne un luogo di ritrovo, imbandirvi una cena ecc.; ma il suo godimento è limitato allo scopo speciale di godere dello spettacolo. Onde per definire tale diritto si è ricorso a uno di que' concetti che nulla valgono a definire. E si è detto: « che il diritto de' palchi è tale un diritto che ritrae del dominio, della servitù attiva, dell'usufrutto, della superficie, senza confondersi con veruno di questi rapporti. Il diritto cui s'accosta dippiú è la proprietà; e se fosse lecito imitare uno de' procedimenti più caratteristici ingegnosi usati da' Romani per classificare i nuovi rapporti che la vita del diritto faceva nascere, si potrebbe detto diritto di palco chiamare un *quasi-dominio*, ragionando così: « La vera proprietà, essendo il diritto di godere e di disporre nel modo più assoluto, non può essere costituita su quelle cose che, come un palco di teatro, non sono suscettibili di tale godimento e disposizione assoluta. Ma poichè nonostante, se ne può godere e disporre in modo relativo, il rapporto che ne nasce, sarà

(2) *Legisl. e giurispr. teatrale* I, p. 231.

(3) *Privilegi e ipoteche*, n. 110.

(4) *Priv. e ipot.* n. 108.

(5) Nota alla sent. Cass. Torino 5 dic. 1884 (*Foro It.* 1885, p. I, col 30).

(6) **Rivalta,** *Storia e sistema del diritto de' teatri* p. 231-238. Crediamo doveroso il dire che anche noi altra volta (*Serv. irreg.* nell' *Arch. giur.* XLI) abbiamo seguito l'opinione di quest'autore, che ora, meglio riflettendo, rigettiamo.

se non identico, certamente analogo al dominio, e potrà però qualificarsi col nome di quasi dominio, come si disse già quasi possesso, quasi usufrutto e simili. ». Ma, come si vede, tale concetto, benchè s'approssimi al vero, ha anch'esso del vago e indefinito. Resterà sempre a domandare che cosa sia questo quasi dominio, che se non è la proprietà, ne sarà uno smembramento, e di che specie? Invece di risolvere la quistione, si torna daccapo alla primiera incertezza. La difficoltà che s'è trovata nel riconoscere nel diritto de' palchi un vero diritto di proprietà, dipende dalla falsa idea che s'è avuta sul diritto di proprietà; avendo osservato de' limiti nel godimento dei palchi, si è concluso che mal si potrebbe parlare di diritto di proprietà ch'è godimento esclusivo e illimitato. Invero il diritto di proprietà, sebbene consista nella facoltà di libero e pieno godimento, pure non gli sono estranei de' limiti, non solo posti dalla legge (come il **Rivalta** pretende) ma anche, e a maggior ragione, quelli derivanti dalla natura stessa dell'oggetto: anzi codesti limiti rientrano nella nozione del diritto di proprietà rettamente inteso. Ora i limiti del godimento d'un palco di teatro derivano dalla sua destinazione assegnatagli dalla consuetudine, sono inerenti alla sostanza stessa della cosa. Il diritto di proprietà, per ampio che si pensi, non comprende razionalmente la facoltà di far della cosa un uso contrario a quello cui essa è naturalmente destinato. E contro la natura del diritto di palco che ha per unico e solo scopo il godimento dello spettacolo, sarebbe servirsene per luogo di ritrovo o di banchetto. Nonostante adunque i limiti naturali di cosiffatto godimento, poichè esso è pieno ed esclusivo per ciò che s'attiene alla destinazione del palco è un diritto di proprietà. — Ma è (come osserva anche il **Gabba**) un diritto di proprietà alquanto differente dall'ordinaria proprietà degli edifizj e delle terre, e, in questo senso, anormale e quasi singolare. Imperocchè è proprietà pro diviso d'un edifizio che nella totalità sua è oggetto d'un identico diritto distinto dal primo, e che anche può appartenere a persona diversa da quella dei palchettisti. È proprietà di una parte, la quale di fatto è inseparabile dal tutto, senza che però vi sia punto di contatto, ma soltanto reciproca coordinazione, quale esiste, per esempio, tra due proprietarj confinanti, o fra due comproprietarj d'un muro divisorio. Tale anormalità del resto non è nuova nel nostro diritto che ammette una proprietà distinta dei vari piani d'una casa. E i vari ordini di palchi non sono nella stessa posizione anche materiale de' piani d'una casa? Quindi al diritto de' palchi possono applicarsi per interpretazione estensiva sem-

plicemente, le disposizioni del Codice che riguardano i piani separati d'una casa; tanto que' diritti sono sostanzialmente identici, e le differenze che possono ravvisarsi sono affatto secondarie e d'ordine piuttosto materiale che giuridico.

E tale considerazione c'induce a ritenere, completando la costruzione giuridica del diritto de' palchi, ch'esso sia un diritto di proprietà superficiaria, come quello de' varj piani d'un edifizio. E così si viene facilmente a intendere quella singolarità e anormalità che fa distinguere il diritto de' palchi da tutt'altra proprietà. È proprietà di parte che si considera come distinta dal suo tutto, mentre dovrebbe cedergli pel principio dell'accessione: spetta a persona diversa da quella cui il diritto sul tutto appartiene: è come la proprietà del tutto, una proprietà immobiliare; è una proprietà limitata principalmente dalla coesistente proprietà del tutto spettante ad altri, e poi anche dalle altre proprietà della stessa natura. Chi non ravvisa in questi i caratteri distintivi della proprietà superficiaria — eccezione al principio dell'accessione: distinzione di due proprietà, che naturalmente dovrebbero formarne una: limitazione reciproca di queste proprietà? Nè si dica v'ha differenza tra gli altri casi di superficie in cui v'ha connessione col suolo, che qui non si scorge così bene: la connessione l'abbiam anche detto, è immediata o mediata, qui invece è mediata, come mediata è quella de' piani superiori d'una casa.

Così concepito il diritto de' palchi, non resta alcuna difficoltà a ritenerlo capace di ipoteca: difficoltà che sarebbe insormontabile, quando si concepisse come un diritto reale *sui generis*.

§. 6. *Banchi in chiesa?*

È antico il costume nelle Chiese di assegnare de' banchi e posti distinti non solo alle persone rivestite di dignità ecclesiastica (Vescovi, abati, canonici) ma anche a' laici. Era questo uno de' diritti spettanti al patrono, ma venne poi concesso anche a' privati che non erano tali: e tale uso sussiste tuttavia in alcune città d'Italia (1). Ora codesti banchi o sedili essendo anche fissi e immobilizzati, nasce il dubbio se possa parlarsi di un diritto di superficie, parendo che quel diritto in fondo si risolva in un godimento di cosa propria,

(1) **Spennati,** *Ist. di Dir. canonico*, p. 542 e seg., e *Questioni di dir. canonico*, vol. 5.° n. CCL.

banco, posto su suolo altrui, anzi in suolo pubblico, qual'è quello delle Chiese.

Per potere risolvere questo dubbio bisogna indagare l'indole del diritto de' banchi: è esso reale, a quale de' diritti reali appartiene?

Si distinguono al proposito (2) tre legislazioni, la canonica, il Decreto del 1809, e la legislazione italiana vigente ancora in quei paesi d'Italia, dove quel decreto fu promulgato. Quest'ultima si ritiene non potere essere che l'antica del Diritto canonico: onde seguirebbe che messo da parte il Decreto del 1809 che esplicitamente considerò il diritto de' banchi in chiesa come un diritto d'obbligazione, la questione si riduca ad esaminare quale sia stata secondo la legislazione canonica l'indole di quel diritto per poterne dedurre quale sia anche attualmente.

La giurisprudenza nostra ha ritenuto sempre e quasi costantemente ch'esso sia un diritto reale: l'ha definito un diritto di servitù prediale talvolta, servitù personale tal'altra, oppure diritto reale *sui generis* (3). I motivi c'hanno a ciò indotto la giurisprudenza e dietro ad essa quegli autori che se ne sono occupati, sono stati il vedere che quel diritto era considerato da'canonisti come capace di manutenzione e di possesso, e da alcuni anche di prescrizione acquisitiva. Ma dalla prescrittibilità e dal possesso di un diritto mal si può argomentare la sua realtà: perchè se tale argomentazione è esatta nel nostro Diritto civile pel quale solo i diritti reali sono usucapibili e capaci di possesso, ciò non era pel diritto Canonico, come anche per alcune legislazioni abolite, p. es. la napoletana (art. 103 n. 8 Proc. civ.), sotto il cui impero anche i diritti personali venivano talora considerati capaci di possesso. E la stessa giurisprudenza francese che riconobbe il carattere di personale al diritto dei banchi in chiesa pure ritenne possibile l'azione possessoria, quando un titolo di concessione vi fosse (4).

Bisogna dunque esaminare che cosa gli antichi giuristi ne pensassero sulla natura del diritto de' banchi, senza fermarci a que' luoghi, dove parlano del possesso e della prescrizione di esso.

(2) **Garbasso,** *Del diritto di tenere banchi in chiesa:* questa si può dire l'unica monografia ch'esiste in Italia sull'argomento, non essendo quella del **Peverelli,** inserita nel *Digesto Italiano* (*Banchi in chiesa*) che un incomposto centone di decisioni giurisprudenziali.

(3) V. le monografie citate..

(4) **Garnier,** *Actions possessories*, p. 169.

Gli autori in generale (5) ne parlano come di un *uso personale*, ma non ci dicono di che fatta quell'uso sia, se *servitù* d'uso, o diritto *personale* d'uso. V'ha chi ha voluto credere che si fosse inteso parlare d'una servitù d'uso, d'un diritto reale (6). Ma in verità ciò non si rileva dalle espressioni di quegli scrittori, i quali nel tempo stesso che discorrono di *uso* senz'altro, hanno cura d'aggiungere che quel diritto non appartiene a' privati *quoad dominium et proprietatem*. Ora le parole *dominium* e *proprietas*, gli antichi non le usavano come sinonimi, ma colla parola *dominium* denotavano ogni specie di diritti reali (7). Sicchè gli autori citati scrivendo: « *Tale jus adquirere potest, non quoad dominium et proprietatem, sed tantum quoad usum* » sono piuttosto contrari che favorevoli al concetto del diritto reale.

Le aspre controversie che si dibatterono intorno a quel diritto caddero sulla revocabilità di esso: non sulla natura. Ed è bene che io qui ricordi il **Diana** (8), dagli altri dimenticato, che combattendo l'opinione di coloro i quali credevano irrevocabile il diritto de' banchi in Chiesa fa una bella monografia su questo diritto, mettendone in chiara luce la natura personale.

E quelli stessi (9) che ne sostenevano l'irrevocabilità non si fondavano sull'indole reale del diritto: ma invece su argomenti analogici tratti dal diritto di patronato e dal diritto di sepoltura che, sebbene *diritti graziosi* anch'essi (si noti l'espressione) pure non sono revocabili e passano agli eredi: e sul fatto che non si poteva perdere il diritto di banco quando nessuno incomodo s'arrecava all'uso della Chiesa: onde competeva l'azione contro il Parroco o Rettore, che arbitrariamente avesse fatto togliere il banco dal suo posto. E perchè il diritto non si perdeva, neppure per l'infrequenza alla Chiesa dove s'avea il banco, nè per riparazione o ampliamento della Chiesa, perchè finita la riparazione il banco veniva rimesso allo stesso posto: ampliata la Chiesa il banco non dovea esser messo al posto, di prima ma a un posto corrispondente.

(5) **Antonelli** e **Canestri** citati dal **Garbasso,** loc. cit.

(6) **Garbassi,** loc. cit.

(7) **Dumoulin,** op. e loc. cit.

(8) *Resolutiones morales*, pars. X, trac. 16, res. 44 (tomo IV, p. 452-455, ed. Venetiis. 1652).

(9) **Giovagnonius,** lib. 2, Repp. 8, *Gratianus* in *Discept.* tom. I, cap. 2, 10; **Ciarlinius** in *Controv.* tom. II, cap. 119 e 220; **Bordonus,** dec. 344; **Pellisarius,** *Man. Reg.* tom. II, tract. 9, cap. 3, sez. 6, n. 265.

Ma nonostante tutto ciò il **Diana** riteneva che il diritto concesso fosse revocabile per le seguenti ragioni ch' egli confermava con autorità di testi e di dottori: « Quia laici nullum jus habent et non solum sunt incapaces spiritualium sed etiam annexorum spiritualibus.... Ideo in Ecclesia tamquam in re sacra nullum jus habere possunt.... Praesertim cum loca sacra sub nullius hominis possint esse jure aut dominio sed solummodo subjacent curae et regimini ecclesiasticorum qui illorum habent administrationem..... Quod autem verum est ut neque etiam ex cursu cujusvis longissimi temporis, licet immemorabili, jura hujusmodi praescribere possint Laici, quia praescriptio non currit sine possessione, et possessio in his non datur propter subjecti incapacitatem.... »

E queste conseguenze il **Diana** le trae dall' indole stessa del diritto de' banchi in chiesa, sulla quale sembra non vi fossero dispareri, sebbene le parole adoperate dagli scrittori non fossero di quella chiarezza che si trova nel **Diana.** Sarà bene adunque riportarne le testuali parole, come quelle che spargendo lume su ciò che oscuramente dicono gli altri, ci fan comprendere apertamente la natura di quel diritto, e che se gli scrittori moderni avesser letto, non avrebbero ritenuto reale il diritto de' banchi. — « Nec obstat dicere cum *Giovagnonio*, in casu nostro Laicis non assignari dominium sed tantum usum: nam iste usus, vel potest esse usus juris, vel usus facti; si dicatur quod sit usus juris erit species servitutis sicut ét ususfructus.... Servitus autem in Ecclesia, tamquam in loco sacro, praescribi non potest... Et quatenus praescribi potest, solus usus cujusvis longissimi temporis, etiam immemorabilis non sufficit, sed oportet simul ad inducendam servitutem quod usus processerit jure servitutis, scilicet tamquam ex propria facultate, et invito domino, non autem sponte permittente.... Spontanea etiam concessio Rectorum aut etiam Episcopi talis usus, qui sit servitus, in Ecclesia nihil valeret quia est species alienationis omnibus interdicta, inconsulto Romano Pontifice.... Si vero responderetur esse usum facti qui aliter simplex facultas appellatur, resultans ex spontanea permissione domini, quemadmodum in dubio semper talis praesumitur, ubi lex resistit acquisitioni usus juris.... Tum talis usus etiam si per mille annos habitus fuisset ut cum quis per agrum alienum ex tacita licentia domini transivit, vel ad vicini puteum vel furnum accessit ad hauriendam aquam vel coquendum panem, vel rem aliquam retinuit in aliena domo, semper revocabilis est ad libitum domini, nec aliquam praescriptionem inducit... Itaque (e qui spiega le parole degli

altri scrittori) in casu nostro ut vult *Giovagnonius* ubi supra n. 4 at alii, permissum esse Laicis retinere sedilia in Ecclesia solummodo ratione usus, non autem ratione dominii, *necesse est ut sic excludant usum juris*, *quia illum habens non caret dominio*, *cum illius pars sit*, onde pro eo competit vindicatio. Si igitur intelligi debet solummodo competere usus facti, ille semper est revocabilis, ergo per Rectores Ecclesiae poterit quandocumque auferri ».

Da queste parole si scorge come vera discordia non vi fosse sulla natura del diritto: il **Diana** solo ne traeva conseguenze più rigorosamente logiche degli altri. E tralasciando la confutazione de' restanti argomenti contro l' irrevocabilità, ricorderò solo quella dell' argomento delle azioni possessorie che ha indotto i moderni giuristi a ritenere che vi fosse un diritto reale. Ora il **Diana** osservava non potersi dal diritto alle azioni possessorie dedursi quello dell' irrevocabilità; perchè, come prova citando al solito molte autorità, le azioni possessorie erano concesse come al precarista Romano, contro cioè i terzi, non contro il padrone concedente.

Onde conchiude il suo lungo e acuto ragionamento: « Dicendum est itaque Laicos propter sedilia et scamna in Ecclesiis apposita *aliud non acquirere nisi usum facti*, quod quidem potest semper sine injuria a Domino prohiberi utpote a quo semper dependet ». E questa opinione ebbe in suo favore l' autorità di molti Canonisti (10) a cui s' aggiunse quella incontrastabilmente superiore del **Card. de Luca** (11) che accolse pienamente le idee del **Diana**.

Si scorge quindi quanto sia infondato il parere degli scrittori che vollero ravvisarvi un diritto reale, e peggio ancora una *servitù d' uso irregolare*, specie di diritto reale dalla nostra legge sconosciuta, come noi abbiamo dimostrato altrove e la giurisprudenza ha ritenuto (12).

(10) **Ugolinus,** *De potestate Episc.* cap. 17, n. 7: una confutazione di **Giovagnonio** e di **D. Odofredus,** stampato a Bologna, an. 1631; **Malderus** *De Inst.* lib. 2, tract. 1, disp. 1, dub. 5, n. 42; **Trullench,** *in Decis.* tom. 2, lib. 7, cap. 1°, n. 2 nu.

(11) *De praeeminentiis*, lib. 3, par. 2ª dec. 26. Cf. anche **Spennati,** op. e loc. cit.

(12) *Servitù irregolari (Arch. giurid.* v. XLI).Contro la mia opinione sono principalmente **Bianchi** (Ferd.) *Diritti d' uso o servitù irregolari* (Estr. *For. it.* 1889) e **Chironi** *Quistioni di dir. civ.* p. 61 e seg. — Il **Bianchi** conferma il suo assunto, fondandosi principalmente sul poco valore che è da attri-

Ma è poi vero che il Diritto canonico sia ancora vigente in questa materia: talchè ritenuto che il diritto de' banchi fosse stato reale o personale, tale debba ritenersi anche oggi, sotto l'impero delle nostre leggi? Noi non lo crediamo: il diritto de' banchi è un diritto privato e patrimoniale che non può non cadere sotto il dominio della nostra legislazione privata che ha esplicitamente abrogate tutte le antecedenti. Se dunque le concessioni di que' diritti fatte, vigendo il Diritto canonico, debbono tuttora esser da questo regolate, non così quelle che venissero a farsi oggi, imperando il Codice civile. Certo le concessioni de' banchi non potranno essere oggi così frequenti come per il passato: lo spirito d'uguaglianza che tende a invadere tutto comincia a farle cadere in desuetudine: perchè invero è cosa che urta il senso morale e religioso il vedere de' posti distinti e privilegiati, come in un teatro qualsia, anche in quel luogo che dovrebb'essere la casa di Colui pel quale *non v' ha accetta-*

bruire a Lavori preparatorj, nell'interpretazione della legge. In verità noi siamo in ciò perfettamente d'accordo con lui: i lavori preparatorj non hanno in nessun caso valore di interpetrazione autentica, e non sono mai da invocarsi quando con essi contrasti lo spirito e la lettera della legge. Ma non potrà negarsi la loro grande autorità, quando, come nella nostra questione, sono pienamente d'accordo colla lettera e lo spirito della legge stessa e del resto io, più che su' lavori preparatori, mi fondavo sullo spirito del Codice nel dimostrare come le serv. irreg. più non siano ammesse. Le ragioni poi del **Chironi** se possono valere in *jure condendo* non hanno efficacia in *jure condito*. — Il **Tartufari** (*Foro ital.* 1891 p. Z pag. 1077) ha voluto distinguere, tornando all'opinione di alcuni scrittori francesi, servitù irreg. che consistano *in faciendo*, e quelle che in *non faciendo*: solo le prime sarebbero diritti reali, perchè potrebbero rientrare nella categoria dell'usufrutto e dell'uso, non le altre.

Ma tale opinione era stata già da me confutata, come quella che disconosce ciò che è necessario, perchè s'abbia la servitù personale d'uso e d'usufrutto, cioè la detenzione del fondo servente, detenzione che in que' diritti di godimento parziale non potrebbe aver luogo. E poi non sappiamo vedere la ragione della differenza: se un godimento parziale di un fondo potrà considerarsi come usufrutto, quando consiste *in faciendo*, perchè non potrà rientrare anche in quella categoria se consiste in *non faciendo*, quando la nozione di uso e usufrutto bisogna prenderla non nel senso tecnico e speciale, come nel codice si trova, ma nel senso ampio di un godimento in favore della persona, e quando il godimento naturalmente può essere positivo non solo ma anche negativo? — Cf. del resto, favorevolmente alla mia opinione, **Gianturco**, *Diritti reali* (Lez. di Dir. Civ., corso scol. 1892) lez. 39.

zione di persona. Ma nel caso che ciò avvenga, quali regole del nostro Diritto saranno applicabili? Io credo che bisogna accuratamente distinguere due ipotesi, se il banco cioè sia fisso e immobilizato nel suolo, come per es. gli stalli de' canonici. oppure, come segue più ordinariamente, una semplice sedia amovibile. Se si abbia il diritto di tenere una sedia amovibile, non si potrà in nessun modo parlare di diritto reale: non infatti di diritto di superficie, perchè sebbene la sedia appartenga al privato e il suolo su cui è posta sia *res aliena*, pure non è ad esso aderente, giusta le cose discorse avanti; non di servitù prediale, perchè la sedia non è certo fondo dominante; non servitù personale irregolare, perchè questa non è riconosciuta, come ho detto, dal Codice nostro. Si avrà un semplice diritto personale, simile a quello derivante da locazione; e di più, senza quegli effetti che da' canonisti e dalla giurisprudenza gli furono attribuiti: onde non sarà prescrittibile, nè capace di manutenzione, perchè non si dà possesso, secondo la legge nostra, di diritti personali. Soltanto però se il banco sia stabilmente infisso al suolo e immobilizzato, si può avere il diritto reale: e io non esito a seguire tale parere, indipendentemente dalla risoluzione che si voglia dare alla *vexata quæstio* sulla commerciabilità delle Chiese (13) poichè, come poco innanzi si è visto, è possibile e non infrequente l'acquisto di diritti reali anche su cose sottratte al commercio. E siffatto diritto a noi pare potersi correttamente considerare come un caso di proprietà di superficie; poichè il banco, cosa mia, non cessa di esser tale e non cede al suolo altrui, benchè gli sia aderente, e ho la facoltà di usarne ad esclusione d'ogn'altro. Del resto non ha il banco in Chiesa, quand'è immobilizzato, una posizione anche materialmente analoga a quella d'un palco in teatro? La stessa decisione, dunque, data per questo, varrà anche per il primo.

CAPO SESTO

La superficie nella legislazione straniera.

Delle leggi straniere che si sono occupate del diritto di superficie alcune han seguito il principio, accolto nel codice francese e nel nostro, e che noi per l'origine chiameremmo *germanico*, cioè

(13) Vedi in diverso senso: **Mortara, Gabba, Chironi** nel *Foro italiano*, 1888, 89, e 90 e *Monit. dei Trib.* 1890, e 91.

quello della *proprietà distinta;* considerando la superficie come una proprietà diversa da quella del suolo: altre hanno seguito il principio *medioevale* della *proprietà divisa*, ritenendo dominio utile quello del superficiario: altre finalmente il principio *romano* del *jus in re aliena*, ma non sì che non siansi del tutto discostate dalle regole di quel diritto.

§. 1. *Sistema della proprietà distinta.*

Questo sistema è seguito dalla legislazione prussiana. Il *Landrecht* (Côde général pour les États Prussiens) nel lib. I, titolo 22, §§. 243-346 sotto la rubrica *Grundgerechtigkeiten*, le seguenti disposizioni relative al diritto di superficie (1).

« §. 243. Celui qui a le droit d'avoir de bâtiments, arbres et plantations sur le fonds et terrain peut en disposer librement comme un *propriétaire.*

§. 244. Il peut à l'exclusion du propriétaire du fonds, user pleinement des fondations de bâtiments, des même que des racines d'arbres.

§. 245. Il est aussi autorisé à retablir les bâtiments incendiés, écroulés, ou autrement detruits, à planter de nouveaux arbres à la place de ceux qui sont morts, à exploiter ses bois, selon les règles forestières et à les ameliorer.

§. 246. Du reste le fondé en droit doit se resteindre à la superficie du sol, et ne peut ni augmenter l'éspace dont il a joui jusqu'alors, ni en changer la destination principale sans le consentement de propriétaire foncier ».

Benchè il Codice prussiano parli del diritto di superficie sotto il titolo che tratta di rapporti tra i varj fondi, pure non si può dubitare, nonostante tale inesatta posizione, che esso non è una servitù. La sua natura è chiaramente definita nel §. 243. Pur nondimeno sono nate delle dispute a causa della parola *en* (darüber, *ne*) che si trova in quell'articolo e si potrebbe riferire a *diritto* oppure a *edifizio, piante.* Perchè se si riferisce a *diritto,* altro non si vorrebbe dire colle parole *ne è proprietario*, se non che esso è un diritto alienabile e trasmissibile; invece se si riferisce a edifizj e a piante, il diritto di superficie viene considerato come un diritto di proprietà. E questa seconda spiegazione è la sola giusta e conforme allo spirito

(1) Citiamo la trad. officiale francese anno IX della Rep.; non essendoci riuscito di riscontrare il testo.

di quella legge, che ha voluto in ciò allontanarsi da' principj del Diritto comune, ed è confermato da ciò ch'è detto nel §. 244 nel quale è riconosciuta al superficiario la facoltà di usare pienamente, e ad esclusione del proprietario del suolo, degli edifizj e delle piante; e di riedificare ciò ch'è stato distrutto e piantare alberi nuovi in luogo de' periti (§. 245). E tale interpetrazione è accettata da' migliori espositori di quel Diritto. Così il **Dernburg** (2) fa notare la differenza sostanziale del diritto di superficie romano dal prussiano con queste parole: « Das römische Institut der Superficies ist daduch von dem unseren verschieden, dass der römische Superficiar an dem Gebäude kein Eigenthum haben konnte, da dasselbe schlechthin als Accession des Bodens galt, *während bei uns das Baumaterial dem Superficiar auch während seiner Verbindung mit dem Bodem gehören kann* ». E distinguendo il diritto di superficie dal diritto d'usufrutto dice: « Vom Niessbrauch sich dadurch dass der Superficiar regelmässig *Eigenthümer* der auf dem fremdem Boden befindlichen Bauten oder Pflanzungen ist, dass ihm nicht die der Niessbraucher treffenden Verpflichtungen obliegen, dass endlich das Recht nicht an sich von Lebensdauer des Berechtigten abhänging gemacht ist (3) ».

Ma è molto controverso se il diritto di superficie come proprietà distinta da quella del suolo sia ammissibile in Prussia. E il dubbio viene dalla legge del 2 Marzo 1850, la quale abolì la distinzione di dominio utile e diretto, rendendo gli utilisti pieni proprietarj. Il Tribunale dell'Impero con decisione del 13 Decembre 1855 estese quella legge anche al diritto di superficie, e considerò i superficiarj come divenuti proprietarj anche del suolo. Onde gli autori si sono divisi: alcuni, come il **Dernburg** (loc. cit.) opinano che dopo quella legge non sia più ammissibile la costituzione di un diritto di superficie alienabile e trasmissibile, e gli antichi superficiarj essere proprietarj anche del suolo: solo essere possibile la costituzione di superficie su suolo pubblico perchè quella legge non si riferisce che a' contratti tra privati, e quella d'una superficie inalienabile e intrasmissibile, che non può per sè stessa cadere sotto la disposizione della legge abolitiva. Altri al contrario han notato che in tal modo si viene a disconoscere la natura del diritto di superficie che, secondo il Codice Prussiano, non costituisce mica una proprietà divisa, un dominio utile in contrapposto al dominio diretto,

(2) *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, §. 289, note.
(3) Ivi nel testo.

e quindi non entra ne' casi contemplati dal §. 2, n. 2 di quella legge abolitiva: e ciò anche per un argomento tratto dalla lettera del *Landrecht* che tratta del diritto di superficie tra le servitù le quali non sono oggetto di quella legge (4).

È inutile poi aggiungere che seguono il sistema della proprietà distinta tutti que' Codici che si modellarono sul Codice Napoleone, e che sarebbe inutile ricordare.

§. 2. *Sistema della proprietà divisa.*

Il Codice Austriaco considera il diritto di superficie come un dominio utile, una proprietà dimezzata o divisa che dir si voglia. Il proprietario del suolo dispone della sostanza di tutto il fondo, quindi anche della superficie di cui è dominio diretto: però mentre il dominio diretto si trova in lui unito all' utile per ciò che riguarda il suolo e sottosuolo, si trova separato per ciò che concerne la superficie, il cui godimento, dominio utile, appartiene esclusivamente al superficiario. Ne segue che come nell' enfiteusi, così anche nella superficie è essenziale il pagamento di un canone, *solarium (Bodenzins)*.

« §. 1125. Ist ein Eigenthum dergestalt getheilt dass einem Theile die Substanz des Grundes sammt der Benützung der Unterfläche, dem andern Theile aber nur die Benützung der Oberfläche erblich gehört, so heisst der jährliche von diesem letzeren Besitzer entrichtende Abgabe, Bodenzins ».

Nel §. 1147 si determinano i diritti del superficiario.

« Wer nichts als einen Bodenzins entrichtet, hat nur auf die Benutzung der Oberfläche, als Bäume Pflanzen und Gebäude und auf einen Theil des auf derselben gefundenen Schatzes Anspruch. Vergrabene Schätze und andere unterirdische Nutzungen gehören dem Obereigenthümen allein zu ».

I diritti del superficiario non si estinguono se la superficie perisce: il superficiario ha il diritto di piantare nuovi alberi, e costruire nuovi edifizi in luogo de' primi.

« §. 1150. Durch Zerstörung der Pflanzen, Bäume und Gebäude geht das Nutzungseigenthum nicht verloren. So langen noch ein Theil

(4) **Koch,** *Comm. z. Allg. Landr. zu dem* §. 243. **Fitting,** *Die rechtlichen Verhältnisse am Stadtschiessgraben*, p. 144. **Wächter,** op. cit., p. 127. **Förster,** *Theorie und Praxis des heutig. preuss. Privatrechts,* B. III, §. 187, p. 410 (4ª ediz.).

des Grundes bleibt, kann ihn der Besitzer, wenn er anders seinen Zins abführt, mit neuen Pflanzen, Bäumen und Gebäuden besetzen ».

I modi generali di estinzione della proprietà piena si applicano ancora al diritto di superficie.

« §. 1148 Was von der Aufhebung des vollständigen Eigenthumes bestimmt worden ist, gilt überhaupt auch von dem getheilten ».

Anche il Codice del Gran ducato di Baden *(Badische Landrecht)* ammettendo la distinzione di dominio utile e dominio diretto, viene implicitamente a seguire il sistema del Codice Austriaco riguardo al diritto di superficie.

§. 3. *Sistema del diritto* **in re aliena.**

A) Legislazione Olandese e Belga.

Il Codice Olandese nel titolo VI del libro II parla del diritto di superficie (1).

« art. 758. Le droit de superficie est un droit réel qui consiste á avoir de batiments ouvrages ou plantations sur un fonds appartenent à autrui.

— 759. Celui qui a le droit de superficie peut l'aliéner et l'hypothéquer. Il peut grever des servitudes les biens qui font l'objet de son droit, seulement pour la durée de sa jouissance.

— 760. Le titre constitutif du droit de superficie devra être transcrit sur les registres publics à ce destinés.

— 761. Pendant la durée du droit de superficie, le propriétaire du fonds ne peut empêcher celui qui a ce droit, de demolir les bâtiments et autres ouvrages, ni d'arracher les plantations et de les enlever, pourvu que ce dernier en ait payé la valeur lors de son acquisition, ou que les bâtiments, ouvrages et plantations aient été construits au fait par lui, et pourvu que le fonds soit remis dans l'état où il se trouvait avant la construction ou la plantation.

— 762. A l'expiration de droit de superficie la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations passe au propriétaire du fonds à la charge pour lui de rembourser la valeur actuelle de ces objets au propriétaire du droit de superficie qui jusqu'au remboursement, aura le droit de retention.

— 763. Si le droit de superficie a été établi sur un fonds sur lequel se trouvaient déjà des bâtiments, ouvrages ou plantations, dont

(1) Citiamo secondo la traduzione del **Saint Joseph,** *Concordance* etc.

la valeur n'a pas été payée par l'acquereur, le propriétaire du fonds reprendra le tout à l'expiration du droit, sans être tenu à aucune indemnité.

— 764. Les dispositions du présent titre n'auront lieu qu'autant qu'il n'aura pas été dérogé par des conventions.

— 765. Le droit de superficie s'eteint entre autres: 1° par la confusion; 2° par la destruction du fonds; 3° par la prescription de trente ans; 4° par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé.

— 766. A defaut des stipulations expresses sur l'extinction du droit de superficie, le propriétaire du fonds pourra en faire cesser l'exercice après une jouissance de trente ans, en donnant congé un an d'avance par exploit ».

La legge belga del 10 gennaio 1824 non è che una riproduzione delle disposizioni del Codice Olandese: gli art. 1, 2, 3 degli art. 758 a 760; gli art. 5-7 degli art. 761 a 763; l'art. 9 dell'art. 765 il cui ultimo numero non è riprodotto. Però invece dell'art. 766 si trovano gli articoli 4 e 8 che apportano una modificazione importante al Codice Olandese.

« art. 4. Le droit de superficie ne pourra être établi pour un terme excédant cinquant années, sauf la faculté de le renouveler ».

« art. 8. Les dispositions du présent titre n'auront lieu qu'autant qu'il n'y aura pas été dérogé par les conventions des parties, sauf la disposition de l'art. 4 du présent titre ».

Però è controversa tuttora quale sia la natura del diritto di superficie presso queste legislazioni, le quali a dir vero non si esprimono abbastanza chiaramente. Il superficiario ha sulla superficie un diritto di proprietà, o un diritto reale soltanto, mentre la superficie continua ad appartenere al proprietario del suolo? Tutte due le opinioni sono state sostenute. Si è detto il diritto del superficiario essere un diritto di proprietà sulla superficie: perchè l'art. 758 Cod. ol. e l'art. 1° della legge belga parlano del diritto di *avere* edifizj, piantagioni ecc. e non si può avere se non quello ch'è di proprietà nostra: perchè nell'art. 761 e nel corrispondente art. 5 si riconosce al superficiario anche il diritto di distruggere gli edifizj e le piantagioni, facoltà che non può competere se non a chi sia proprietario; finalmente perchè nell'art. 762 e nel corrispondente art. 6 si dice che estinta la superficie la proprietà degli edifizj etc. *passa* al proprietario del suolo: dunque prima non era sua. Ma cotali argomenti vengono così confutati da' sostenitori della seconda opinione. Primo: si può avere tanto a titolo di proprietà che di diritto reale; quindi nulla

può dedursi dalla parola *avere* usata dalla legge: anzi la soppressione nella redazione della legge belga delle parole che si leggevano nel progetto « e possedere come proprietà » è valido argomento in contrario. Secondo: se il superficiario fosse proprietario, non vi sarebbe stato bisogno di concedergli espressamente il diritto di distruggere gli edifizj etc. essendo questa una facoltà inerente al diritto di proprietà: il superficiario dunque ha diritto di demolire non perchè sia proprietario, ma sebbene non sia tale. Finalmente all' espressione dell' art. 762 e art. 6 (« la proprietà *passa* ecc. ») si contrappone quella dell' art. 763 e art. 7 « all' estinguersi del diritto, il proprietario *riprenderà* ecc. » dunque non ha cessato mai d' essere proprietario. Nè vale il dire che ivi si fa l' ipotesi che non si sia pagato il valore della superficie, perchè la mancanza di pagamento non può influire sulla sostanza del diritto (1).

Ma più di codesti argomenti m' inducono a credere che si tratti di un *jus in re aliena* non d' un diritto di proprietà l' art. 766 del Cod. Olandese e gli art. 4 e 8 della legge Belga. L' art. 766 accorda al proprietario del suolo, dopo 30 anni, la facoltà di revocare la concessione del diritto di superficie: ora tale facoltà altro non è in sostanza che un diritto di affrancamento, che presuppone che chi l' esercita abbia la proprietà della cosa che si vuole affrancare, e che questa proprietà sia gravata d' un onere. Il proprietario del suolo è dunque proprietario della superficie e il diritto del superficiario un *jus in re aliena*. — Gli articoli 4 ed 8 della legge belga mettono al diritto di superficie un limite di tempo insuperabile, quello di 50 anni, e dichiara nulla ogni contraria convenzione delle parti. Il diritto di superficie è perciò *essenzialmente* temporaneo: se quindi è tale, come può considerarsi un diritto di proprietà che se non essenzialmente è naturalmente perpetuo? Esso adunque in forza della sua ristretta durata si può meglio paragonare a un diritto d' usufrutto che al diritto di proprietà: è anch' esso perciò un *jus in re aliena*.

B) Diritto germanico.

Nel Diritto comune germanico sono seguite le regole del Diritto romano modificate dal diritto comune. Però v' ha delle disposizioni speciali ne' Codici esistenti.

1) Codice Sassone.

Questo Codice tratta del diritto di superficie ne' diritti reali,

(1) **Laurent**, vol. 8, n. 411.

quinta sezione, e propriamente nel terzo titolo che s' occupa delle servitù personali.

« X. Baurecht und Kellerrecht.

§. 661. Die Berechtigung, ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden zu haben, und zu benutzen, gleichviel ob dieses schon vorhanden ist, oder von dem Berechtigten erst errichtet werden soll, ingleichen die Berechtigung, einen Keller unter einem fremdem Grundstücke zu haben, werden vererbliche und veräusserliche Rechte, wenn sie ein besonderes Folium in Grundbuche erhalten haben. Die Verhältniss zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten sind nach den Vorschriften über die persönliche Dienstbarkeiten zu beurtheilen ».

Il Codice in questo paragrafo parla non solo di ciò che propriamente va sotto il nome di diritto di superficie *(Baurecht)* ma anche di ciò che si potrebbe appellare diritto di sottosuolo o sotterraneo (*Kellerrecht*, diritto di cantina) che consiste nel godimento d' una cantina o altro sotterraneo, d' uso molto frequente in Sassonia. Ora questi diritti pel Codice Sassone non differiscono che per l' oggetto, soprassuolo per l' uno e sottosuolo per l' altro, e per il nome: ma la loro natura è identica.

Qual' è dunque questa? dallo stesso luogo in cui è posto il §. 661 e dalle parole finali è chiaro che il Codice Sassone pur considerando il diritto di superficie come un diritto reale si è allontanato da' principj Romani, avvisandolo come una servitù personale. Onde quel diritto non è per sè stesso alienabile e trasmissibile, come per le leggi romane: ma naturalmente invece non può alienarsi nè trasmettersi; per ottenere tale effetto è necessaria la registrazione in un foglio speciale del libro fondiario. Questa registrazione pur non essendo necessaria perchè il diritto diventi reale, è indispensabile perchè acquisti i caratteri di alienabilità e trasmissibilità. Onde v' ha due specie di diritto di superficie: diritto di superficie limitato alla vita del concessionario, e diritto di superficie illimitato: il primo improprio che può davvero considerarsi come servitù personale; proprio il secondo, a cui sono del tutto inapplicabili le regole delle servitù personali, benchè il Codice con grande inesattezza non faccia distinzione (2). E tale differenza si ripercote negli effetti. Il diritto di superficie limitato, come una servitù personale, può essere costituito in tutt' i modi per convenzione, legato, sentenza del giudice: mentre quello illimitato non può per altra via costituirsi che per mezzo della registrazione

(2) **Wächter**, §. 21.

in un foglio speciale del libro fondiario, la quale però presuppone uno de' titoli accennati. Il primo si estingue in tutt' i modi proprj delle servitù personali, anche pel non uso di 30 anni (§. 655) e anche colla rovina della cosa superficiaria, nè può risorgere col risorgere di questa; mentre al secondo non sono applicabili tali modi di estinzione.

2) Codice Massimilianeo o Bavarico.

Questo Codice non distingue in nulla la superficie dall' enfiteusi, ma ne fa una cosa sola. Nella parte IV, cap. 8, §. 3 si legge:

« Das soggennante jus superficiarium und libellarium oder Zimmerrecht ist in hierigen Landen von obigem Grundzinssrechte nicht unterschieden, ausser soweit etwan die Pacta ein anderes geben ».

Nel progetto d' un nuovo Codice Bavarico ai §§. 334-349 si parla del diritto di superficie, secondo i principj del Diritto Romano: ma questo progetto non è diventato ancor legge (3).

3) Progetto del Codice civile germanico.

Questo progetto consacra un titolo speciale al diritto di superficie che chiama *Erbaurecht*, espressione più comprensiva delle altre, come ci avvertono i Motivi, perchè altro non significando che *diritto di edifizio*, viene a comprendere non solo il diritto di superficie *(Platzrecht)*, ma il diritto di godere un sotterraneo *(Kellerrecht)*.

« §. 961. Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass einer Person das veräusserliche und vererbliche Recht zusthet auf oder unter der Oberfläche des Grundstückes ein Bauwerk zu haben (Erbaurecht).

Auf einem Bruchtheil des Grundstückes, oder auf eine Abtheilung eines Gebäudes, insbesondere auf ein Stockwerk, oder ein einzelnes Gelass, kann das Erbaurecht nicht beschränkt werden.

§. 962. Der zu Begründung des Erbaurechtes erforderliche Vertrag muss vom dem Grundbuchamte zu erfolgen. Bei der Eintragung kann zur näheren Bezeichnung des Inhaltes des Rechtes auf die Eintragungsbewillung Bezug genommen werden.

§. 963. Im Falle des Unterganges des Bauwerkes ist der Erbauberechtigte zur Erneuerung desselben befugt.

§. 964. Auf die Ansprüche des Erbbaurechtigten im Falle der Beeinträchtigung seines Rechtes finden die für den Eigenthumsans-

(3) **Wächter**, §. 16.

pruch geltenden Vorschriften der §. 929 bis 938, 941 bis 944, 951 entsprechende Anwendung.

§. 965. Zur Aufhebung des Erbaurechtes durch Rechtsgeschäft ist die Erklärung der Berechtigten vor dem Grundbuchamte, dass er das Erbbaurecht aufgebe, und die Löschung des Letzerem in Grundbuche erforderlich.

Ist das Erbaurecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so kann die Löschung nur mit Einwillung dieses Dritten erfolgen. Die Einwillung muss gegenüber dem Grundbuchamte oder dem Erbauberechtigten erklärt werden; sie ist unwiderruflich ».

Questo progetto considera il diritto di superficie, come un diritto reale sulla cosa altrui: nel §. 961 è detto chiaramente; nè può prendersi per equivoca la parola *haben*, la quale denota il fatto della detenzione materiale che s' ha dell' edifizio. I Motivi ci dicono chiaramente essersi lasciato da parte il concetto della proprietà distinta, come quella che lasciava forte dubbio se spettasse o no un diritto reale anche sul fondo. Si è voluto poi espressamente escludere il diritto di superficie che avesse per oggetto parte di un fondo o il piano d' una casa, perchè esso sarebbe mal determinato e facilmente avrebbe dato occasione a litigi: ragione che in verità ci persuade poco. Sono escluse anche le piantagioni dall' essere oggetto del diritto di superficie, perchè ciò avrebbe potuto esser di danno all' agricoltura. A tutela del diritto di superficie sta l' azione di rivendicazione, che compete ancora al proprietario (4).

§. 4. *Regole di diritto internazionale privato* (1).

Esposto così sommariamente lo stato della legislazione straniera, cade qui in acconcio esaminare quali siano presso di noi le regole

(4) *Motive zu dem Entwurfe* ecc. B. III, S. 466, u. t. Siamo dolenti di non potere riferire alcuna disposizione del Diritto inglese, sebbene l' **Hertius** (op. cit. sez. 1 § V, nota 1) tra gli antichi scrittori, **Scialoja** (*Comm. Proc. civ. Sarda* vol. 1.° p. II pag. 590, § CMXCII) tra i moderni, ci attestano che la superficie è assai comune in Inghilterra ove la proprietà del suolo è ancora un privilegio.

(1) Cfr. **Laurent,** *Droit civil international* vol. VII, n. 362 e seg. e **Fiore,** *Dir. internaz. priv.* (ed. Lemonnier) n. 218. *Dir. intern. priv.* (3ª ediz.) vol. 2°, n. 874 e *Disposizioni preliminari*, vol. II, n. 718.

di Diritto internazionale privato da applicare al diritto di superficie. Può uno straniero su beni situati in Italia costituire un diritto di superficie, come lo riconosce la sua legge personale, Belga, Olandese, Sassone, ecc.?

Il **Laurent** (2) crede che la costituzione del diritto di superficie debba essere regolato dalla legge di autonomia, dalla legge personale. Ma ciò non è esatto, almeno secondo la legge nostra, che sottopone alla legge territoriale la costituzione di diritti reali su immobili (art. 7 capov. disp. prelim.). Però, come giustamente si è osservato (3), la legge territoriale non ha un' efficacia così generale e assoluta, come a prima vista parrebbe: anche nella costituzione di diritti reali, va sempre regolato dalla legge personale tutto ciò che riguarda la capacità de' contraenti, e i patti relativi a interessi privati, d' ordine meramente contrattuale. Onde si potrebbe dire ch' essendo d' interesse privato che il diritto di godimento della superficie sia più o meno esteso, sia diritto di proprietà o diritto frazionario; il principio di autonomia sarebbe da rispettarsi, nonostante che la legge *rei sitae* governi gl' immobili.

Ma a me sembra che i principj generali siano poco sufficienti a decidere la questione proposta. È da risolvere piuttosto un' altra preliminare, già da noi accennata, se cioè le parti contraenti, quando anco appartengono allo stesso Stato italiano, abbiano il potere di costituisce un diritto reale che non sia riconosciuto dalla nostra legislazione, ma che nemmeno sia proibito. Molti lo affermano, appunto perchè non si sanno persuadere come il diritto di superficie debba essere escluso dal novero de' diritti reali. Così il **Laurent**, (4) per dimostrare che i diritti reali debbono essere governati dalla legge personale, scrive: « Les droits dont nous parlons sont des demembrements de la propriété, c' est-à dire des manières d' utiliser la propriété et d' en tirer parti. La question se reduit donc à savoir si le propriétaire est libre de disposer des choses de la manière la plus absolue. Donc le maître peut détacher de sa propriété tels droits qu' il veut, créer par consequent des droits réels à volonté ». Noi invece crediamo che non basti la sola volontà de' contraenti a costituire un

(2) Op. e loc. cit.
(3) **Fiore,** *Dir. internaz. priv.* (3ª ed.) vol. I, p. 115, 116.
(4) Op. cit. n. 296.

diritto reale, che la legge non abbia riconosciuto. Basta, è vero, il solo consenso a trasmettere la proprietà anche degli immobili e degli altri diritti reali (art. 1125) ma perchè il diritto costituito abbia davvero la sua efficacia reale, *erga omnes*, è necessaria la formalità *essenziale* della trascrizione (5): mancando la quale, lo stesso diritto reale che pure la legge ammette, non ha valore che di semplice diritto personale rispetto a' terzi che possono vantare sull' immobile un diritto acquistato e legittimamente conservato benchè a quello posteriore (art. 1942). Or poniamo che le parti vogliano costituire un nuovo diritto reale, per es. il diritto reale di superficie, astrattamente lo potrebbero, perchè il proprietario può fare della cosa sua quello che vuole, purchè non urti in un divieto della legge, e basta il semplice consenso a trasferire il diritto. Però c' è un ostacolo pratico che impedisce a quella volontà astratta di diventare effettiva, e questo insormontabile. Poichè in che modo il diritto sarebbe reale, avrebbe efficacia *erga omnes*, se i terzi non sono obbligati a rispettarlo, appunto perchè non v' ha trascrizione? Si vorrà dire che sarà un diritto reale tra le parti soltanto? Ma in tanto s' ha il concetto di diritto reale, in quanto si considera in relazione dell' obbligo che hanno gli estranei di rispettarlo: un diritto reale tra le parti soltanto è cosa che non ha pratica importanza! Nè si dica che niuno potrebbe impedire alle parti di trascrivere l' atto di costituzione: siffatta trascrizione sarebbe materiale soltanto, e non avrebbe quel valore giuridico attribuitole dalla legge, perchè non ordinata per quel caso a cui s' è voluta applicare. Nel nostro sistema legislativo la trascrizione non è modo solenne d' acquisto, o forma *generale* di pubblicità, di modo da produrre gli stessi effetti quante volte e per qualunque atto venga materialmente compiuta; ma è prescritta soltanto per alcuni casi *tassativamente* determinati, e non è dato a niuno di estendere la sua necessità ed efficacia a casi non previsti. Così chi trascrivesse un contratto d' anticresi una locazione di cose mobili, non verrebbe perciò a costituire dei diritti reali.

Dunque se, perchè i diritti abbiano efficacia *erga omnes*, è necessaria la trascrizione, e questa ha valore giuridico per alcuni casi soltanto, non v' ha altri diritti reali su immobili fuori di quelli per i

(5) Cf. la profonda monografia del **Mirabelli**, *Degli effetti della trascrizione* (*Diritto de' terzi* vol. I).

quali la legge ingiunge la formalità della trascrizione. Così quel divieto ch' espressamente poneva il legislatore della Repubblica Argentina l'ha posto implicitamente ma non meno evidentemente il legislatore italiano col restringere i casi di trascrizione. E a questo non han badato gli autori che han creduto non essere tassativa l'enumerazione de' diritti reali fatta dalla legge: essi stessi poi quando han dovuto discorrere della necessità della trascrizione per que' diritti, a cosí dire, e stravaganti, si sono trovati in serio imbarazzo e han cercato di farli rientrare per forza in uno di que' casi previsti dall'articolo 1932 Cod. civ., venendo così senz' accorgersene, a riconoscere che non v' ha altri diritti reali fuor di quelli ammessi dalla legge e a darci indirettamente ragione. Così s' è creduto che il preteso diritto di superficie fosse compreso nella parola della legge che discorre dell'enfiteusi (art. 1967 n. 3 comb. art. 1932 n. 1): ma, come noi abbiam visto, il diritto di superficie non può confondersi coll' enfiteusi e se si confonde, è vana cosa parlare di un diritto speciale di superficie: è ozioso discorrere di diritti reali oltre quelli del Codice. Se dunque è così, non potrebbe uno straniero costituire su beni situati in Italia un diritto reale ammesso dalla legge personale ma non dell'italiana: perchè mancando la trascrizione, esso non potrebbe avere efficacia reale.

Però, a dire il vero, la questione può spesso nel caso nostro non avere importanza. Così se sia costituito (tanto da italiani, che da stranieri) un diritto di superficie, secondo ch' era considerato nel Diritto romano e comune; non perciò s' avrà una costituzione nulla di diritto reale. Perchè tra il diritto di superficie romano, e la proprietà della superficie non v' ha differenza di fatto; ma la differenza consiste soltanto in un *quid juris*, in un modo diverso di concepire ciò che in realtà è una e identica cosa; non essendo la superficie Romana che una vera proprietà colla veste disadatta di diritto reale. Le parti non sono tenute a dare il vero *nómen juris* al rapporto che stringono; possono chiamare benissimo diritto frazionario ciò che meglio, e più conforme a quello che realmente fanno, andrebbe chiamato diritto di proprietà. Così se si costituisce il diritto reale di superficie, come enfiteusi urbana, o secondo i principj del Codice austriaco, varrà come enfiteusi. Similmente se si voglia limitare il godimento della superficie alla vita del concessionario, coll' obbligo di conservare la sostanza della cosa, oppure secondo le regole del Codice Sassone, relative alla superficie ristretta

o impropria; si avrà una servitù personale d' usufrutto e non altro. Ma al contrario se voglia costituirsi un diritto di superficie secondo la legge Olandese o Belga, o secondo il Codice Sassone una superficie co' caratteri di servitù personale perpetua, o altrimenti, ciò non si potrebbe validamente; perchè si verrebbe a costituire un diritto reale non ammesso dalla legge territoriale italiana.

Dunque, in conclusione, non è possibile in Italia una costituzione di un diritto di superficie di natura *speciale*, *sui generis*.

Napoli, 13 Maggio 1892.

Avv. Nicola Coviello.

IL CONSIGLIO DI STATO IN FRANCIA

*
* *

In mezzo ad una straordinaria varietà di istituti, di ordinamenti, di giurisdizioni la Monarchia francese dell'*Ancien Régime*, grazie ad un lavorio secolare, era giunta ad introdurre nella pubblica amministrazione il sistema che modernamente fu detto dell'accentramento (1). Quegli istituti, quegli ordinamenti, quelle giurisdizioni, che erano prodotto di epoche diverse, che davano luogo al più strano intreccio di poteri e per lo più pretendevano essere od erano vestigia di indipendenza e sovranità locali, continuavano formalmente a sussistere ma in generale aveano visto scemare o svanire la loro pratica efficacia e si erano piegate sotto la pressione del governo centrale. L'amministrazione regia andava di continuo estendendo la sfera della sua attività e di continuo rendeva più intensa la sua ingerenza nelle manifestazioni più strettamente locali della vita pubblica, le raffrenava, le subordinava ad un indirizzo unitario. Ebbene l'istituto che più di ogni altro aveva servito e serviva a stabilire ed estendere la prevalenza del governo centrale era l'antico *Conseil du Roi*, detto in progresso di tempo anche *Conseil d'État*.

Il *Conseil du Roi* ha la sua storia confusa con quella della Monarchia, e le sue origini e le prime fasi della sua esistenza sono oscure così da offrire argomento di controversia fra gli scrittori. Questo sembra doversi ritenere, che « esso nacque dall'impossibilità in cui si trovava il Monarca di bastare da solo all'esercizio di una

(1) **Tocqueville**, *L'Ancien Régime et la Révolution* (Paris, 1857) pag. 72 e seg. — **Taine**, *Les Origines de la France contemporaine, Le Régime moderne*, Vol. I, (Paris 1891) pag. 160 e seg.

autorità la quale comprendeva insieme il potere di dettare le leggi e quello di farle eseguire » (1). I Re dei primi secoli cercarono di avere un' assistenza nell' esercizio del loro potere politico e giudiziario, un interprete ed un moderatore della loro volontà ricorrendo al consiglio di persone illuminate e di elevata posizione, senza che però vi fossero norme fisse circa al luogo, al tempo ed alle modalità della loro riunione (2). Sembra che appena sotto Filippo Augusto il *Conseil* o *Grand Conseil* o *Cour du Roi* acquistasse una fisonomia meno indeterminata e funzionasse con qualche regolarità (3).

In conseguenza della cura scrupolosa ed assidua con cui Luigi IX attendeva al governo, il Consiglio, che lo aiutava nell'esercizio della suprema giurisdizione civile, penale ed amministrativa, nella trattazione e nella decisione di tutti gli affari i quali rappresentavano un interesse diretto per la Corona, conseguì maggiore importanza ed ebbe un ufficio più attivo che per l'addietro (4). Forse già allora cominciò quella ripartizione di affari tra i membri ordinarî del Consiglio, che poi venne stabilita dalle ordinanze di Filippo il Bello, le quali staccarono dal Consiglio due sezioni e ne costituirono due istituti speciali: il *Parlement* e la *Chambre des comptes* (5). A quello spettavano attribuzioni giudiziarie, a questa interessi finanziarî, mentre il Consiglio, di cui Filippo il Lungo disciplinò in modo più definito l' organizzazione e che funzionava ora come *Étroit Conseil*, ora — con intervento di maggior numero di persone — come *Grand Conseil*, avea da occuparsi specialmente delle questioni di legislazione, di politica, di amministrazione (6).

Però una vera separazione di funzioni e di attribuzioni fra questi tre Corpi, nei quali si concentrava l' esercizio supremo del-

(1) **Dufour,** *Traité général de Droit administratif appliqué* (Paris 1843) Vol. I, pag. 147.

(2) **Aucoc**, *Le Conseil d' État avant et depuis 1789* (Paris 1876) pag. 27. — **Regnault**, *Histoire du Conseil d' État* (Paris 1851) pag. 102.

(3) **Béquet,** *Répertoire de Droit administratif*, Vol. VIII (Paris 1891) pag. 134.

(4) **Maury**, *L' Administration française avant la Révolution — Revue des deux mondes*, 1 Ottobre 1873, pag. 594.

(5) **Aucoc**, pag. 28.

(6) **Béquet**, Vol. VIII, pag. 134-5. — **Aucoc**, pag. 28-9. — **Maury**, *Rev.* 1 Ott. 1873 pag. 594 e seg.

l' autorità regia, era ben lungi dall' essere raggiunta. Il Parlamento di Parigi, divenuto corte sovrana di giustizia e del quale furono emanazione i Parlamenti di provincia, « esercitava un' alta sorveglianza sulla polizia del regno » e per tal modo s' ingeriva in parecchi servizi amministrativi come p. es. in quelli della sicurezza pubblica, della viabilità, delle prigioni, degli ospedali ecc. E d' altra parte esso già approfittava della registrazione degli atti reali, che gli era commessa, per attribuirsi il diritto di esaminarli e di discuterne il contenuto (1). La Camera dei conti, costituita essa pure in giurisdizione indipendente, esercitava una specie di direzione sul complesso delle amministrazioni finanziarie, colle quali si confondevano allora quasi tutti i rami dell' amministrazione generale » (2). Siccome poi la maggior parte dei legisti del Consiglio erano passati a formar parte del Parlamento e della Camera dei conti, così questi due Corpi venivano chiamati a deliberare assieme ai consiglieri ordinari del Re quando argomenti di speciale gravità o riforme legislative richiedevano il concorso di persone versate nella conoscenza delle leggi (3). Alla sua volta il Consiglio assisteva il Monarca nell' esercizio diretto delle attribuzioni, giudiziarie che egli non avea delegate e, quel che era più, il Re si valeva del Consiglio per toglier di mezzo decisioni di autorità e corti le quali tornassero pregiudizievoli o non gradite alla Corona, per dirimere conflitti di attribuzione; e di frequente venivano avocate alle deliberazioni del Consiglio anche controversie che per legge erano di competenza dei giudici ordinari (4). Anzi l' attività del Consiglio del Re nel campo giudiziario per l' uso e l' abuso, che se ne faceva, andò aumentando in modo, che facendo ragione al voto espresso dagli Stati Generali tenuti a Tours si delegò (1497-98) l' esercizio delle attribuzioni giudiziarie ad una sezione speciale del Consiglio, la quale se ne staccò ritenendo in proprio il nome di *Grand Conseil* (5).

Come forse più incisivamente d' ogni altro rilevò Maury (6), la Monarchia francese avea opposto alla nobiltà feudale le corti di

(1) **Maury**, *Rev.* 1 Ottobre 1873, pag. 600.

(2) **Maury**, *Rev.* 1 Ottobre 1873, pag. 600.

(3) **Aucoc**, pag. 29-31.

(4) **Maury**, *Rev.* 15 Ottobre 1873, pag. 845 e seg.

(5) **Aucoc**, pag. 36.

(6) *Revue*, 1 Ottobre 1873, pag, 580 e seg. — *Revue*, 15 Ottobre 1873, pag. 846 e seg.

giustizia, che rappresentavano e doveano far prevalere in suo confronto l'autorità sovrana del Re. Corti e tribunali sparsi in tutto il regno assai contribuirono ad abbassare la potenza dei signori feudali, ma nello stesso tempo avvenne, che quelle numerose giurisdizioni estendendo la loro azione ai varî rami dell'amministrazione finissero per controllarli, dominarli e recarne in propria mano la direzione grazie all'indipendenza che erano riuscite a conseguire. Infatti Luigi XI avea col celebre editto del 1467 dichiarato inamovibili i giudici e convertito le loro commissioni in ufficio (1): in progresso di tempo la venalità e l'ereditarietà degli ufficî di giudicatura tanto si estesero, che il Governo regio si trovava di fronte a giudici, che esso non nominava, che non poteva mutare di luogo, che per lo più non poteva promuovere e che non avea facoltà di revocare se non in seguito ad una condanna giudiziaria (2). Come si è accennato, lo stesso Parlamento si inframetteva largamente nell'amministrazione, e persino talune giurisdizioni istituite in appresso coll'intendimento di sottrarla al suo controllo si arrogono ben presto la stessa indipendenza e la stessa ingerenza diretta (3).

La condizione di cose suesposta fa comprendere la necessità in cui si trovava il Governo regio di ricorrere alla giurisdizione suprema esercitata dal Re nel suo Consiglio per cercar di sottrarre l'amministrazione al controllo ed alla dipendenza delle numerose giurisdizioni locali e centrali. E siccome il *Grand Conseil*, una volta costituito come corte sovrana separata dal *Conseil du Roi*, — contribuendovi la venalità delle cariche dei suoi membri « che poco a poco le lasciò al capriccio dell'eredità e della cessione » (4) — volle esso pure sfuggire all'azione diretta del potere regio, così la sua competenza venne sostanzialmente limitata e ridotta quasi formale (5). Il *Conseil du Roi*, che aveva continuato a sussistere per la preparazione delle misure legislative e per la trattazione degli affari di politica e di amministrazione, riprese l'esercizio di attri-

(1) **Henrion De Pansey**, *De l'autorité judiciare en France* Paris (1827) Vol. I, pag. 232 e seg.

(2) **Tocqueville**, pag. 103.

(3) **Maury**, *Revue*, 1 Ottobre 1873, pag. 602.

(4) **E. Laferrière**, *Traité de la juridiction administrative* (Paris, 1887) Vol. I pag. 120.

(5) **Aucoc**, pag. 37.

buzioni giudiziarie ed andò di continuo estendendolo così da fungere come un tribunale supremo, che nell'interesse dell'amministrazione regia e talvolta in quello personale del Re cassava i giudizî di qualsiasi corte sovrana, della stessa Camera dei conti, dello stesso Parlamento, decideva i conflitti ed avocava senza riguardo cause pendenti dinanzi a giurisdizioni ordinarie e straordinarie. « L'incertezza che regnava circa la competenza e l'estensione delle delegazioni fatte alle Corti sovrane » contribuiva a lasciare un vasto campo alla giurisdizione, di cui il Re si riservava l'esercizio nel seno del Consiglio (1). Il carattere preminente di tale giurisdizione fu affermato in modo assoluto dall'*Arrêt* 8 Luglio 1661, con cui Luigi XIV ordinava a tutti i corpi giudiziari « sotto qualsiasi nome stabiliti di rimettersi alle decisioni del Consiglio, facendo loro nel modo più espresso inibizione e divieto di prendere alcuna conoscenza degli affari e processi di cui Sua Maestà abbia ritenuto e riservato il giudizio a sè ed al suo Consiglio, sotto pena di incorrere la sua indegnazione » (2).

*
* *

L'espansione suaccennata delle attribuzioni del Consiglio aventi carattere giudiziario come altresì lo sviluppo che per forza di cose naturalmente si verificava nelle sue funzioni d'indole legislativa ed amministrativa non costituivano alcun pericolo per l'autorità del Monarca, giacchè il Consiglio era composto di persone che egli a suo talento nominava e poteva revocare, che quindi erano ligie al suo volere, devote alla sua persona. La carica di consigliere, a differenza della maggior parte degli altri uffici pubblici, non divenne infatti nè venale nè ereditaria.

La composizione ed il modo di funzionare del Consiglio furono spesso mutati e rimutati: esso ebbe un assetto definito solo per opera di Richelieu e di Colbert, quando la sua importanza era grandemente cresciuta grazie allo sviluppo che prendeva l'organizzazione amministrativa del paese. Però anche allora il *Conseil du Roi* non ebbe una costituzione unitaria: esso era bensì « uno e indivisibile in quanto non aveva potere proprio e le sue decisioni apparivano emanate direttamente dal Re, ma per la trattazione de-

(1) **E. Laferrière,** Vol. I pag. 118.
(2) **E. Laferrière,** Vol. I pag. 129-130.

gli affari si divideva in più sezioni » (1). E per dirlo più esattamente « ciò che allora componeva il Consiglio di Stato era la riunione sotto un nome collettivo di parecchi Consigli separati, i quali costituivano altrettanti corpi distinti... e non si riunivano mai per esercitare in comune attribuzioni che fossero conferite all'intero Consiglio » (2). Il numero, la costituzione, il nome stesso di questi Consigli speciali aveano variato di frequente (3): verso la fine del diciasettesimo secolo essi ebbero però una organizzazione, che si mantenne in genere anche nel secolo seguente. Allora vi erano cinque Consigli: il *Conseil des affaires étrangères* o *Conseil d'en haut*, i cui membri erano Ministri di Stato; il *Conseil des dépêches*, a cui spettavano sovratutto gli affari dell'amministrazione interna; il *Conseil des finances;* il *Conseil du commerce* e infine il *Conseil d'État privé* o *Conseil des parties*, al quale erano devolute quasi tutte le attribuzioni di carattere giudiziario (4). Come s'è accennato, nessuno di quei Consigli avea giurisdizione propria: « era il Re che solo decideva anche quando sembrava che il Consiglio pronunciasse: anche se rendeva giustizia, il Consiglio era composto di semplici *donneurs d'avis* come li qualificò il Parlamento in una delle sue rimostranze » (5). Se i consiglieri, che presente il Re opinavano soltanto, lui assente opinavano e deliberavano, le deliberazioni però erano puramente consultive: « era il Re che *en son Conseil*..... legiferava, ordinava e giudicava » (6).

Ai vari Consigli intervenivano i Ministri ed i Segretari di Stato, i quali ultimi, originariamente segretari privati del Re col nome e colla posizione modesta di *clercs du secret*, si sollevarono poco a poco fino al grado stesso di Ministri: essi in pari tempo che membri dei Consigli erano interpreti nel loro seno della volontà reale e poscia esecutori delle prese deliberazioni (7). Come i Segretari di Stato, faceva parte del *Conseil du Roi* anche il Controllore

(1) **Dareste,** *La Justice administrative en France* (Paris 1862)p ag. 70.
(2) **Vivien,** *Études administratives* (Paris 1852) Vol. I pag. 90.
(3) **Aucoc,** pag. 43 e seg.
(4) **Aucoc,** pag. 54 e seg. — **Maury,** *Revue* 15 Ottobre 1873, pag. 847 e seg. — **Regnault,** pag. 154 e seg.
(5) **Tocqueville,** pag. 76.
(6) **Béquet,** Vol. VIII, pag. 136. — **Aucoc,** pag. 63-4.
(7) **Maury,** *Revue* 15 Ottobre 1873 pag. 849 e seg.

generale delle finanze (1) il quale « avea poco a poco estesa la sua ingerenza a tutti gli affari che involgevano una questione di danaro e quindi a quasi tutta la pubblica amministrazione » (2).

I membri del *Conseil du Roi*, detti Consiglieri di Stato, erano negli ultimi due secoli dell'*Ancien Régime* presi in maggioranza fra i laici ed i legisti anzichè, come era avvenuto prima, tra gli ecclesiastici ed i nobili (3). Il loro numero, che spesso era stato eccessivo, venne ripetutamente limitato e variò poi fra trenta e quaranta (4). Quanto alla distinzione che si mantenne fino all'ultimo tra *conseillers ordinaires* e *conseillers semestres* (*servant par semestre*), essa finì a non avere alcuna ragione nella durata del servizio, che era per tutti di un intero anno, ma eravi soltanto una differenza nell'emolumento (5). Al Consiglio erano poi addetti coll'ufficio di relatori i *maîtres des requêtes*, che aveano titolo di *Conseillers du Roi en ses Conseils*: erano funzionarî, la cui istituzione fu quasi coeva a quella del Consiglio ed i cui servigî furono sempre tenuti in grandissimo conto (6).

*
* *

Quando anche superficialmente si consideri l'ampiezza delle attribuzioni che si erano poco a poco accumulate nel *Conseil du Roi*, ben si comprende che esso « occupava il primo posto fra le istituzioni monarchiche destinate ad accentrare l'azione politica ed amministrativa del governo » (7). Tutto infatti finiva per rientrare nella sua competenza: la legislazione, la politica, l'amministrazione, la giustizia. Il Consiglio discuteva e preparava la massima parte delle leggi: ai suoi lavori sono dovute le ordinanze che compirono grandi riforme negli ultimi cinque secoli dell'antica monarchia (8). E sotto il nome di *Arrêts du Conseil* emanava dal suo seno una quantità straordinaria di regolamenti per tutti i rami della vita del

(1) **Aucoc**, pag. 66.
(2) **Tocqueville**, pag. 77.
(3) **Aucoc**, pag. 31 e 41.
(4) **Aucoc**, pag. 37 e seg., 66 e seg.
(5) **Aucoc**, pag. 65.
(6) **Regnault**, pag. 11 e seg. — **Aucoc**, pag. 34, 70-1.
(7) **F. Laferrière**, *Cours de droit public et administratif* (Paris 1850) Vol. I, pag. 196.
(8) **Aucoc**, pag. 80 e seg.

paese, dall'economia rurale all'organizzazione politica (1). Come consiglio di governo il *Conseil du Roi* giunse ad imprimergli in ogni parte il proprio indirizzo, dalla condotta degli eserciti alla ripartizione delle imposte, dai piani dei lavori pubblici ai trattati di pace. Specialmente per i *Pays d'élections* ossia per i tre quarti della Francia il Consiglio era il supremo regolatore della pubblica amministrazione. Esso esercitava l'alta tutela su tutti gli enti locali, che apparivano od erano dotati di vita autonoma, che possedevano una proprietà collettiva: amministrazioni municipali delle città, parrocchie rurali, fabbricerie, conventi, collegî, istituti pii ecc. tutti erano più o meno soggetti al suo controllo, alla sua sorveglianza, alle sue istruzioni (2). E gli intendenti, funzionarî revocabili, che per lo più venivano scelti fra i membri inferiori dello stesso Consiglio (3), erano gli organi esecutivi i quali facevano penetrare in ogni angolo del paese la sua azione accentratrice (4), giacchè aveano ridotta in loro mano quasi tutta la sostanza del governo locale lasciandone poco più delle apparenze ai proprietarî degli ufficî venali ed ereditarî, grandi o piccoli che fossero. Infine il Consiglio funzionando come corte di cassazione, come giudice dei conflitti, come suprema giurisdizione amministrativa, assicurava il potere regio contro ogni attentato, che corti sovrane, tribunali ordinarî o giurisdizioni speciali pretendessero compiere in suo pregiudizio. Senza la larghezza sovraccennata delle attribuzioni di carattere giudiziario, che il Sovrano esercitava per mezzo del Consiglio, l'opera di accentramento politico-amministrativo, che la Monarchia aveva alla vigilia della Rivoluzione condotta così innanzi, non sarebbe stata possibile. E lo sviluppo della giurisdizione amministrativa del Consiglio avveniva con piena coscienza dell'effetto che si intendeva di trarne. Ben lo dimostrò Tocqueville (5). In quasi tutti gli editti regî e gli *arrêts du Conseil* dello scorso secolo si trova stabilito che le contestazioni, a cui potessero dar luogo, doveano esser portate davanti agli intendenti e quindi al Consiglio in grado di appello; e per le materie regolate da leggi e consuetudini antiche, « per le quali

(1) **Tocqueville**, pag. 84.
(2) **Tocqueville**, pag. 87 e seg. — **Maury**, *Revue*, 1 Novembre 1873, pag. 79 e seg.
(3) **E. Laferrière**, Vol. I pag. 123.
(4) **Tocqueville**, pag. 78 e seg.
(5) Pag. 104 e seg.

quella precauzione non era stata presa », le avocazioni del Consiglio rimettevano ugualmente il giudizio delle contestazioni nelle mani dell'Amministrazione ogniqualvolta essa vi fosse interessata. E la ragione per la quale si andava di continuo estendendo la giurisdizione del Consiglio è lucidamente espressa — come nota Tocqueville — da quell' intendente che per ottenere una avocazione scriveva: « Il giudice ordinario è sottoposto a regole fisse che lo obbligano a reprimere un fatto contrario alla legge, ma il Consiglio può sempre derogare alle regole per uno scopo di utilità ».

*
* *

Il governo della società francese era stato dall'*Ancien Régime* così intensamente indirizzato verso l' accentramento, che l' unità della nazione ne era uscita come compagine saldissima. Però sussisteva quella massa multiforme di istituti, di circoscrizioni, di ordini, di classi, di giurisdizioni, di privilegi, a cui si è accennato: erano come « altrettante fortezze più o meno smantellate, ma le cui mura feudali, municipali o provinciali si ergevano ancora.... sul suolo compreso nella cerchia della nazione » (1). Mancava perciò all' accentramento una costituzione logicamente stabilita, mancava nell' organismo politico-amministrativo l' armonica simmetria delle parti: era mestieri che l' unità del potere centrale assorbisse i frammenti di sovranità disseminati nel paese e che l' uniformità della legislazione avesse ragione delle immunità e delle franchigie locali. Quest' ultima parte del sacrificio della vita e dell' autonomia locale all' onnipotenza del governo centrale fu compiuta dalla Rivoluzione e dall' Impero: la prima, spinta dalla necessità di opporre una disperata difesa alla reazione interna ed alle aggressioni dall' estero, il secondo dal bisogno di assicurare un' adatta base di azione al genio guerriero che lo inspirava. Del resto, se d' assai variarono i propositi e gli scopi dei reggimenti politici che succedettero all' antica Monarchia, si valsero però tutti del sistema di governo che essa avea introdotto e si sforzarono di renderlo più efficace. Così l' accentramento divenne la vera tradizione amministrativa della Francia, ed è perciò ovvio comprendere come il Consiglio di Stato, il quale nell' *Ancien Régime* era massimo organo di accentramento, in questa sua missione abbia, indipendentemente da ogni altra, tro-

(1) **Taine**, Vol. cit. pag. 175.

vata una imprescindibile ragione d'essere anche presso i Governi successivi.

Vero è che la Costituente nello sforzo violento di tutto distruggere per tutto riedificare soppresse il *Conseil du Roi.* Infatti, istituita la Corte di Cassazione, essa attribuì a questa le funzioni esercitate, come regolatore supremo della giurisdizione civile e penale, dal *Conseil des parties* (Legge 27 Novembre — 1 Dicembre 1790), e imitando l' Inghilterra — dove il *Privy Council* avea finito per avere le sue attribuzioni di governo assorbite dal Gabinetto — diede titolo di Consiglio di Stato al Consiglio dei Ministri (Legge 27 Aprile — 25 Maggio 1791): al Re in Consiglio dei Ministri ed a questi individualmente spettava la decisione di tutte le contestazioni in materia amministrativa, e così « il contenzioso dell'amministrazione si confondeva colla stessa amministrazione ed era direttamente affidato alle sue autorità » (1).

Ma appena la bufera rivoluzionaria si acquetava per lasciar luogo a Governi ordinati, il Consiglio di Stato fu ristabilito. Ciò avvenne per effetto della Costituzione consolare *22 Frimaire* e dell'*Arrêté 5 Nivôse* dell'Anno VIII. Il Consiglio restaurato doveva preparare sotto la direzione dei Consoli i progetti di legge e i *règlements d'administration publique;* sostenere per mezzo di suoi membri designati dal Governo la discussione dei progetti di legge davanti al Tribunato ed al Corpo legislativo; « sviluppare il senso delle leggi » in seguito a rinvio dei Consoli ossia stabilirne l'interpretazione autentica; pronunciare sui conflitti tra l'amministrazione ed i tribunali e sugli affari contenziosi; statuire sulle domande di autorizzazione a procedere in giudizio contro gli agenti governativi. La Legge del *18 Germinal* Anno X attribuì poi alla competenza del Consiglio i ricorsi per abuso in materia ecclesiastica, ed il decreto 11 Giugno 1806 lo chiamò a conoscere degli affari di alta polizia amministrativa ossia della condotta dei funzionarî che venissero deferiti al suo esame.

L'*Arrêté 7 Fructidor* dell'Anno VIII stabiliva due categorie di consiglieri: quelli del servizio ordinario e quelli del servizio straordinario consistente in missioni permanenti o temporanee; tra i consiglieri in servizio ordinario vi erano anche alcuni alti funzionarî dell'ordine amministrativo e giudiziario, i quali prendevano parte soltanto alle assemblee generali ed erano quindi chiamati *hors sections.*

(1) **E. Laferrière,** Vol. I, pag. 14.

Per effetto del Senatoconsulto *28 Floréal* Anno XII i consiglieri dopo cinque anni di servizio ordinario conseguivano la nomina a vita, ma potevano però anche dopo essere esclusi dal servizio ordirio. L'*Arrêté 19 Germinal* Anno XI istituì come ausiliarî ai consiglieri gli uditori, i quali doveano servire di legame fra i Ministri ed il Consiglio di Stato ed acquistare in pari tempo la pratica degli affari amministrativi. Con decreto dell'11 Giugno 1806 fu poi ristabilito l'ufficio dei *maîtres des requêtes* con posizione intermedia fra i consiglieri e gli uditori. I Ministri, che per il regolamento succitato del *5 Nivôse* Anno VIII aveano soltanto facoltà di intervenire al Consiglio senza diritto di voto, l'ebbero poi dal Senatoconsulto *18 Fructidor* Anno X. Il Consiglio si divideva in cinque sezioni: legislazione civile e criminale, finanze, guerra, marina, interno; il decreto 15 Giugno 1806 istituì inoltre una commissione composta di sei *maîtres des requêtes* e di altrettanti uditori e presieduta dal Ministro della giustizia coll'incarico di istruire gli affari contenziosi. In genere poi, dopo lo studio preparatorio fatto nelle singole sezioni, la deliberazione avveniva in seno dell'assemblea generale presieduta dal Primo Console e in progresso di tempo dall'Imperatore o dall'Arcicancelliere (1).

Il Consiglio di Stato ricostituito sotto il Consolato « trovò il principio della separazione dei poteri consacrato dall'Assemblea costituente, una Corte di cassazione incaricata di mantenere coll'unità della giurisprudenza l'uniforme applicazione delle leggi.... » (2). Essendo quindi sottratti al suo sindacato gli atti dei tribunali giudiziarî in materia civile e penale, le attribuzioni del Consiglio di Stato erano già per questo riguardo, indipendentemente da altri, meno numerose di quelle che gli competevano sotto l'*Ancien Régime*, ma « la sua autorità era maggiore » (3). Infatti ben presto quelle attribuzioni acquistarono una grandissima importanza a spese delle funzioni « che Bonaparte nelle ombrose gelosie del suo potere andava successivamente sottraendo al Corpo legislativo, al Tribunato, ai Ministri » (4). Questi « dominati da quel potente consesso, sottoposti alla sua censura e quasi al suo controllo non occupano che il secondo posto nella gerarchia amministrativa ». Il

(1) **Aucoc**, pag. 89-94. — **Regnault**, pag. 57-69.

(2) (3) **Vivien**, *Le Conseil d'État — Revue des deux mondes*, 15 Ottobre 1841, pag. 6-7.

(4) **Cormenin**, *Du Conseil d'État* (Paris 1818) pag. 28.

Consiglio di Stato diviene « il cooperatore più utile e l'ausiliario più facile del potere assoluto di Napoleone, che ogni giorno si organizza più largamente: esso è il semenzaio dei suoi alti funzionarî, l'elaboratore dei suoi decreti, l'arsenale della sua dittatura amministrativa » (1). La funzione attivissima, che esso era chiamato ad adempiere nel campo legislativo e regolamentare, l'indirizzo e la vigilanza di tutti i servizî dell'amministrazione dello Stato, il sindacato sulla condotta dei funzionarî, il controllo e la suprema tutela delle amministrazioni locali facevano del Consiglio di Stato la sede effettiva del governo più vigoroso, che abbia avuto la Francia. Conviene però avvertire, che le attribuzioni del Consiglio — per quanto fossero importanti — formalmente aveano semplice carattere consultivo: anche in materia di contenzioso amministrativo, sebbene la Costituzione dell'Anno VIII lo avesse « incaricato di risolvere le difficoltà che sorgono in materia amministrativa » e l' *arrêté* succitato del *5 Nivôse* gli avesse commesso di « pronunciare », le sue deliberazioni venivano sottoposte all'approvazione del Capo dello Stato e solo quando egli le faceva sue acquistavano forza esecutiva (2).

*
* *

Napoleone aveva impresso al Consiglio di Stato un riflesso così vivo della sua gloria, lo avea fatto parte così grande ed intima del suo governo che apparisce ben naturale la reazione verificatasi a suo riguardo alla caduta dell'Impero. Fu per effetto di tale reazione, che la Carta del 1814 non si occupò affatto di stabilire un Consiglio di Stato, sebbene l'omissione si trovi giustificata con altri motivi ossia col timore che, se fosse stato stabilito dalla Costituzione, il Consiglio avrebbe « come un potere eterogeneo inceppato i movimenti del corpo politico... e sarebbe stato, con offesa della prerogativa regia, indipendente dal principe » (3). Ma l'indirizzo impresso ormai da secoli all'amministrazione francese era tale che senza un Consiglio di Stato essa non poteva funzionare a meno che non fosse riorganizzata in modo affatto opposto. Perciò l'Ordinanza

(1) **Vivien**, *Études*, Vol. I, pag. 92.
(2) **Vivien**, *Études*, Vol. I, pag. 157 seg.
(3) **Henrion De Pansey**, Vol. II, pag. 360.

29 Giugno 1814 si affrettava a ristabilire un Consiglio di Stato che in odio agli ordinamenti napoleonici riproduceva in gran parte la organizzazione dell' antico *Conseil du Roi.* Questo Consiglio cedette ben presto il luogo ad una effimera restaurazione del Consiglio di Stato imperiale durante i Cento giorni; e successivamente la regia Ordinanza del 23 Agosto 1815 riorganizzò il Consiglio di Stato su nuove basi. Esso fu allora diviso in cinque comitati (ossia sezioni), fra cui quello del contenzioso (presieduto dal Guardasigilli), il quale era uno sviluppo della Commissione del contenzioso istituita da Napoleone. Ogni sezione sotto la presidenza di un Ministro doveva, relativamente alle materie della propria competenza, preparare i progetti di leggi e di regolamenti, di cui era incaricata, ed esaminare e dar parere sugli affari amministrativi che le venivano rinviati. Le deliberazioni poi sugli affari contenziosi, preparate nel comitato speciale, erano discusse e prese in assemblea generale (presieduta in assenza del Re dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Guardasigilli): esse venivano quindi sottoposte alla sanzione regia. Ogni anno il Ministro Guardasigilli faceva l' elenco di tutte le persone a cui il Re s' era compiaciuto di conferire o di conservare la carica di consigliere di Stato e di *maître des requêtes:* esse potevano perciò venir destituite a mezzo della semplice ommissione nell' elenco. Senonchè un' Ordinanza del 26 Agosto 1824, oltre che determinare le categorie di funzionarî fra i quali potevano essere nominati i consiglieri ed i *maîtres des requêtes*, prescriveva che essi potessero venire destituiti solo da Ordinanze di *révocation individuelle;* con quella stessa Ordinanza furono ristabiliti gli uditori. Oltre a quaranta *maîtres des requêtes*, trenta consiglieri venivano scelti per prestare il servizio ordinario: tutti gli altri appartenevano al servizio straordinario sia che fossero chiamati a partecipare ai lavori del Consiglio, sia che non lo fossero mai ed avessero solo il titolo onorifico « in ricompensa dei loro buoni servizî » (1). Essendo così il servizio straordinario ordinato in modo diverso da quello che era sotto l' Impero, esso ebbe uno sviluppo che perturbava il regolare funzionamento del Consiglio: il numero dei consiglieri in servizio straordinario andò continuamente crescendo ed anche in materia di contenzioso amministrativo « permetteva all' elemento ministeriale

(1) **Vivien**, *Rev.* 15 Ottobre 1841, pag. 24.

..... di mutare in un affare determinato la maggioranza del Consiglio » (1).

Le attribuzioni del Consiglio di Stato aveano dovuto subire un profondo mutamento nella Monarchia costituzionale. In presenza del potere legislativo attribuito al Parlamento, esso più non avea l'ufficio di interpretare le leggi, e la sua funzione legislativa fu ridotta alla preparazione od all'esame dei progetti di legge, che il Governo credesse di rinviargli: ciò che sotto la Restaurazione avvenne assai di rado (2). Scemò altresì grandemente l'influenza del Consiglio sull'indirizzo generale della pubblica amministrazione di fronte alla decisa preponderanza dei Ministri nel campo esecutivo. « La responsabilità ministeriale, divenuta un principio fondamentale del nuovo ordine costituzionale, liberava necessariamente i Ministri dalla supremazia del Consiglio. Essi doveano riprendere tutta la loro libertà d'azione, poichè erano responsabili dell'amministrazione davanti alle Camere legislative invece di esserlo solo verso il Capo dello Stato come sotto l'Impero » (3). Però, sebbene ricondotta entro limiti più modesti, rimaneva tuttavia rilevante l'attività, che il Consiglio spiegava nella trattazione degli affari amministrativi e contenziosi deferiti al suo esame.

Durante quasi tutto il periodo della Restaurazione l'esistenza del Consiglio di Stato fu oggetto di continui e fieri attacchi (4). Le opposizioni politiche si ostinavano a temere dal Consiglio quell'appoggio al despotismo che avea prestato in modo così efficace sotto l'Impero (5). E perchè esso sussisteva per forza di semplici Ordinanze, lo si accusava di essere contrario alla Carta, mentre, « siccome il Consiglio non aveva potere di decisione propria ed esprimeva dei pareri che il Re poteva accettare o respingere — e dei quali poteva far a meno —, non vi era alcun inconveniente in ciò che il principe determinasse egli stesso quanto concerneva l'organizzazione del suo Consiglio » (6). Nè meno gravi erano le dispute intorno alle attribuzioni del Consiglio di Stato e specialmente alla

(1) **Ducrocq,** *Études de droit public* (Paris 1887) pag. 135.

(2) **Aucoc,** pag. 103.

(3) **F. Laferrière,** Vol. I, pag. 199.

(4) **Regnault,** pag. 70 e seg. — **Aucoc,** pag. 108 e seg.

(5) **Vivien,** *Études* vol. I, pag. 93.

(6) **Batbie,** *Traité de Droit public et administratif* (Paris 1863) vol. IV, pag. 89.

giurisdizione amministrativa che il Governo esercitava per suo mezzo, volendosi da alcuni che il contenzioso fosse rimesso ad una Corte giudiziaria amministrativa (1), da altri che venisse addirittura fatto rientrare nella competenza dei tribunali ordinari (2).

*
* *

Mentre si svolgevano quegli attacchi e quelle dispute, sopravenne la Rivoluzione del 1830, la quale non fece nemmeno il tentativo di sopprimere il Consiglio di Stato: anzi sotto la Monarchia di Luglio l'attenzione del Governo e del Parlamento venne fino dal principio rivolta a migliorarne l' ordinamento vigente e farne consacrare l' istituzione da una legge. Mentre si imprendevano gli studi preparatori di questa legge, le Ordinanze del 2 Febbraio e del 12 Marzo 1831 si preoccupavano di attuare intanto le riforme più insistentemente reclamate, offrendo maggiori guarentigie ai cittadini rispetto alle attribuzioni contenziose del Consiglio. A questo fine esse stabilirono la pubblicità delle udienze, i dibattimenti orali — mentre prima gli avvocati potevano soltanto presentare memorie scritte —; istituirono un pubblico Ministero nell' interesse della imparziale applicazione della legge ed esclusero dall' assemblea generale *délibérant au contentieux* i consiglieri in servizio straordinario.

Le istituzioni liberali apparivano ormai pienamente assicurate dal successo della Rivoluzione popolare e dalla elevazione al trono di una dinastia non sospetta di tendenze reazionarie; e perciò tanto meno ragionevolmente poteva temersi che il Consiglio di Stato avesse da servire di appoggio e di strumento ad un governo assoluto. D' altro lato quelle riforme introdotte nei suoi procedimenti di contenzioso amministrativo valsero a dissipare subito molte prevenzioni: specialmente « la pubblicità rischiarò di una luce favorevole quelle attribuzioni del Consiglio che aveano destato maggiori inquietudini » (3). Ed a calmare l' avversione contro la sua giurisdizione amministrativa contribuiva anche il fatto che « a partire dal 1830 il Consiglio aveva solo rare occasioni di applicare le disposizioni rigorose ed anormali della legislazione rivoluzionaria, che sollevavano vive recriminazioni », e rispetto alle quali « le questioni di diritto

(1) **Cormenin**, Op. cit.
(2) **Broglie**, *Revue Française* Marzo 1828.
(3) **Vivien**, *Revue* 15 Ottobre 1841, pag. 5.

erano confuse colle questioni politiche ». Esso non aveva più da giudicare frequentemente come sotto l'Impero e la Ristorazione sulla validità e sull'interpretazione dei contratti di vendita dei beni nazionali, sugli effetti della confisca dei beni degli emigrati, sui litigi riflettenti l'applicazione delle leggi di decadenza dei crediti verso lo Stato ecc. (1). Essendo così attutite le opposizioni che si erano sollevate durante la Ristorazione contro il Consiglio di Stato, parrebbe che facile dovesse riuscire l'approvazione di una legge, la quale gli desse formale carattere di istituzione fondamentale dello Stato.

Ma per più di un decennio i varî progetti di legge presentati ora all'uno ed ora all'altro ramo del Parlamento si infrangevano contro una nuova questione, che in quel tempo fu dibattuta con grande vivacità. Non si trattava più di abolire la giurisdizione amministrativa del Consiglio: infatti « tutte le varie Commissioni della Camera dei Deputati e della Camera dei Pari furono unanimi nel respingerne la soppressione » (2). Il disaccordo sorgeva al contrario sul carattere che quella giurisdizione doveva avere, se cioè le decisioni del Consiglio in materia di contenzioso amministrativo doveano continuare ad essere soggette all'approvazione del Capo dello Stato ed aver autorità solo dalla sua sanzione, o se invece il Consiglio dovesse avere una giurisdizione propria. Il primo sistema si diceva della *justice retenue*, il secondo della *justice déléguée*. Questa distinzione si riannodava al principio dell'antico diritto monarchico « *Toute justice émane du Roi* »: i Re dell'*Ancien Régime* aveano delegato l'esercizio di una gran parte del loro potere giudiziario a Corti e tribunali, ma un'altra parte — in ispecie la giustizia amministrativa — se l'erano riservata per esercitarla nel loro Consiglio (3). Certamente tale concetto, assai ragionevole in una Monarchia di diritto divino « che elargendo ai sudditi certe libertà e garanzie.... si riservava date attribuzioni », era inconciliabile coi principî del reggimento costituzionale, « in presenza di una Monarchia di diritto scritto e con condizioni di potere dibattute », la quale avea solo i diritti conferiti dalla Carta (4). D'altro lato, se al Consiglio di Stato non era data giurisdizione propria, il contenzioso dovea rientrare nel campo della responsabilità ministeriale ed in difetto della ga-

(1) **Aucoc**, pag. 114-5.
(2) **Aucoc**, pag. 116-7.
(3) **Batbie**, vol. IV, pag. 78.
(4) **Vivien,** *Revue* 15 Novembre 1841, pag. 332.

ranzia giudiziaria i diritti dei cittadini doveano avere la garanzia politica, che certo non poteva in via ordinaria essere seria ed effettiva (1). Ma i difensori del principio della *justice retenue* non si arrendevano per timore di abbandonare gli interessi più gravi della pubblica amministrazione nelle mani di una giurisdizione sovrana, senza che quindi il Governo potesse in alcun modo salvaguardarli. Per verità la *justice retenue*, come ben fu detto, era praticamente una finzione, dacchè « non si aveva esempio che il Capo dello Stato avesse emanata una decisione contenziosa contraria al progetto preparato dal Consiglio », e qualche volta era stata soltanto ritardata l'omologazione delle decisioni (2). Ciò non ostante, la questione era così vivamente dibattuta che, mentre alla Camera dei Deputati prevalevano i fautori della *justice déléguée*, alla Camera dei Pari prevalevano invece quelli della *justice retenue* e così una Camera non approvava il progetto che avea approvato l'altra. Finalmente nel 1845 la Camera dei Deputati s'indusse a mantenere il sistema della *justice retenue* col temperamento che « nel caso in cui l'Ordinanza non fosse conforme al parere del Consiglio di Stato, essa dovesse venir deliberata in Consiglio dei Ministri, essere motivata ed inserita nel *Moniteur* e nel *Bulletin des lois* » (3). Queste modalità erano destinate a « dare all'atto straordinario che avesse modificato il parere del Consiglio di Stato il carattere di una misura di alta politica, autorizzata solamente in casi abbastanza straordinari per giustificare quella deroga al diritto comune » (4).

La legge del 19 Luglio 1845, di cui grazie a quell'espediente era divenuta possibile l'approvazione, manteneva nelle sue linee principali l'organizzazione allora vigente del Consiglio di Stato. Esso poteva essere incaricato della preparazione o dell'esame dei disegni di legge: attribuzione questa a cui il Governo largamente ricorse durante la Monarchia di Luglio, oltre che per i progetti di interesse locale, anche per molti ed importanti di interesse generale (5). Il Consiglio doveva poi essere chiamato a pronunciarsi su tutti i *règlements d'administration publique*, dava parere su tutti gli

(1) **Vivien**, *Revue* 15 Novembre 1841, pag. 334.

(2) **Ducrocq**, pag. 147. — **Vivien**, *Études* Vol. I, pag. 158-9. — **E. Laferrière**, Vol. I pag. 242.

(3) Articolo 24 della legge.

(4) **Vivien**, *Études* vol I, pag 160.

(5) **Aucoc**, pag. 116.

affari e le questioni, che gli fossero sottoposte dai Ministri, ed infine esercitava la *justice retenue* in materia di contenzioso amministrativo. Componevano il Consiglio i Ministri, i consiglieri di Stato, i *maîtres des requêtes* e gli uditori. Per gli affari non contenziosi esso era diviso in cinque comitati corrispondenti ai diversi dicasteri ministeriali e presieduti ciascuno dal Ministro corrispondente. L'assemblea generale era tenuta sotto la presidenza del Guardasigilli o di un altro Ministro o del Vicepresidente del Consiglio. Un comitato speciale era incaricato di istruire e preparare le decisioni negli affari contenziosi, le quali venivano poi deliberate in assemblea generale dopo pubblico dibattimento. Era mantenuta la distinzione fra il *service ordinaire*, a cui appartenevano trenta consiglieri, trenta *maîtres des requêtes*, quarantotto uditori, ed il *service extraordinaire*, che comprendeva lo stesso numero di consiglieri e di *maîtres des requêtes*, presi fra persone le quali coprissero od avessero coperto pubblici uffici. Così il numero dei membri in servizio straordinario era limitato e cessava un abuso divenuto grandissimo: siccome « al servizio straordinario non era annesso stipendio e quindi il bilancio non vi poneva alcun freno.... i titoli erano stati prodigati senza misura.... erano diventati una moneta di governo.... Nel 1839 un Guardasigilli riconosceva dalla tribuna della Camera dei Deputati che i membri del servizio straordinario formavano il numero enorme ed incredibile di 333 » (1). I consiglieri e i *maîtres des requêtes* in servizio straordinario non potevano prender parte alla trattazione di affari contenziosi, e in quella di altre materie il loro numero non doveva superare i due terzi dei membri del servizio ordinario. I *maîtres des requêtes* aveano voce consultiva in tutti gli affari e deliberativa solo in quelli di cui erano relatori. Consiglieri e *maîtres des requêtes* non potevano essere destituiti che con una Ordinanza speciale deliberata in Consiglio di Ministri. Gli uditori dopo sei anni di servizio cessavano dal far parte del Consiglio.

L'ordinamento, che la legge del 1845 consacrava, era — a parte ogni questione di principio sulla giurisdizione amministrativa — conforme all'ufficio che il Consiglio di Stato poteva adempiere in una Monarchia costituzionale. Esso era « il successore nominale ed in parte l'erede del Consiglio di Stato dell'antica Monarchia e di quello dell'Impero, ma ne differiva per vari tratti essenziali » (2).

(1) **Vivien**, *Revue* 15 Ottobre 1841, pag. 19.
(2) **Vivien**, *Revue* 15 Ottobre 1841, pag. 6.

Non più partecipe al potere legislativo, non più coinvolto nella politica, il Consiglio avea « diminuita l'autorità, non la sua utilità nè la sua influenza tutelare » (1). « Preparare buone leggi e regolarne saggiamente l'esecuzione, impedire la confusione dei poteri, mantenere l'armonia fra le varie parti dell'organismo amministrativo, provvedere all'esecuzione completa, regolare, esatta di tutti i servizî pubblici, tali erano i doveri, ancora molto elevati, che esso avea da adempiere » (2).

*
* *

La Costituzione uscita dalla Rivoluzione del 1848 trasformò profondamente il Consiglio di Stato: per effetto delle sue disposizioni e di quelle della legge speciale 9 marzo 1849 esso ebbe mutati caratteri, attributi ed organizzazione.

Il Consiglio di Stato, di cui spettava la presidenza al Vicepresidente della Repubblica, fu allora composto di quaranta consiglieri eletti per sei anni dall'Assemblea nazionale, rieleggibili indefinitamente e che potevano essere revocati solo dall'Assemblea stessa dietro proposta del Presidente della Repubblica. Al consiglio erano poi addetti ventiquattro *maîtres des requêtes* ed altrettanti uditori, nominati dal potere esecutivo. Il servizio straordinario era soppresso, i Ministri aveano accesso al Consiglio ma senza diritto di voto; ai *maîtres des requêtes*, anche nell'affare che riferivano, spettava soltanto voce consultiva. Il Consiglio era diviso in tre sezioni (legislazione, amministrazione, contenzioso), i cui membri eleggevano il rispettivo presidente. I progetti di legge d'interesse generale, di cui la preparazione spettava solo alla sezione di legislazione, doveano poi essere sottoposti all'assemblea generale; ciò invece più non avveniva rispetto alle decisioni in materia di contenzioso amministrativo: la sezione del contenzioso statuiva in modo definitivo.

Il Consiglio era investito di larghe attribuzioni d'ordine legislativo, poichè il Governo doveva sottoporgli tutti i disegni di legge di sua iniziativa, eccettuati quelli attinenti al bilancio, al contingente dell'esercito, alla ratifica dei trattati e i progetti d'urgenza. Inoltre il Governo poteva incaricare il Consiglio di preparare i progetti di legge e consultarlo su quelli d'iniziativa parlamentare: fa-

(1) **Vivien**, *Études* vol. I, pag. 92-3.
(2) **Vivien**, *Études* vol. I, pag. 92-3.

coltà quest' ultima che spettava anche all'Assemblea nazionale. Erano altresì accresciute le attribuzioni del Consiglio rispetto ai regolamenti. Alle funzioni amministrative del Consiglio altre ne vennero aggiunte, le quali rivestivano carattere politico. Infatti esso doveva dar parere in tutti i casi, in cui il Presidente della Repubblica intendesse esercitare il diritto di grazia, e questi non poteva sciogliere consigli municipali o generali, nè revocare sindaci senza il parere favorevole del Consiglio. Al quale spettava altresì esaminare gli atti di tutti i funzionari pubblici — compresi i Ministri —, che gli fossero deferiti dall' Assemblea o dal Presidente della Repubblica. Al Consiglio di Stato era infine attribuito un potere proprio di giurisdizione in materia di contenzioso amministrativo: gli furono però sottratti i conflitti di attribuzione, la cui decisione venne rimessa ad un tribunale speciale presieduto dal Guardasigilli e composto di quattro consiglieri di Stato e quattro consiglieri di Cassazione.

La Costituzione del 1848 avea fatto del Consiglio di Stato un potere dello Stato: Vivien, l'illustre relatore della legge del '49, così ne spiegava gli intendimenti nel *Rapport* 10 gennaio 1849: « La Costituzione rimettendo il potere legislativo ad una sola assemblea, sorta dal suffragio universale, e il potere esecutivo ad un presidente che ha la stessa origine, avea voluto che un corpo intermediario si frapponesse tra quei due poteri, prestasse loro il suo appoggio.... e temperasse ciò che l'Assemblea unica potesse avere di troppo ardito, ciò che il Governo potesse avere di arbitrario. Il Consiglio di Stato, costituito a questo scopo, suppliva in parte ad una seconda Camera e faceva l'ufficio del Consiglio di Stato della Monarchia.... ». Inoltre l'Assemblea repubblicana, gelosa del potere del Presidente della Repubblica, coll'intento di accordargli nella minore misura possibile gli attributi della sovranità regia, avea devolute al Consiglio funzioni di carattere politico, le quali restringevano moralmente od anche legalmente la libertà di determinazione del Capo dello Stato. Ora, data la partecipazione del Consiglio nell' opera legislativa, appariva giustificato deferire la nomina dei consiglieri all'Assemblea « perchè esso fosse animato dello stesso spirito », e si trovava necessario di sottrarre la nomina e la revoca al potere esecutivo per ragione del controllo, che il Consiglio doveva esercitare sul Governo (1). Però questo controllo formava praticamente la parte minore delle attribuzioni amministrative del Consiglio: restava tuttavia

(1) **Vivien**, *Études* vol. I, pag. 97.

una sua essenziale missione, quella di ausiliario dell'amministrazione e almeno sotto questo riguardo si manifestava « illogico che la scelta dell'ausiliario necessario di uno dei poteri gli fosse imposta dall'altro » (1). Ma tornando alla funzione legislativa del Consiglio, se la Costituzione aveva voluto farne un corpo moderatore, si obbiettava che « questo corpo moderatore non poteva moderar niente », dacchè non poteva avere effettiva influenza di fronte all'Assemblea un corpo, che ad essa doveva la sua elezione (2). Vero è che si era stabilita a sei anni la durata della nomina dei consiglieri e che quindi essi « godevano per quel periodo di una vera inamovibilità e la loro rielezione non dipendeva mai dall'Assemblea sotto i cui occhi aveano adempiuto le loro funzioni, ma era rimessa ad una nuova Assemblea » (3). E d'altra parte, se la Costituzione voleva una sola Camera, il Consiglio di Stato non poteva evidentemente venire investito dell'autorità di una seconda Camera (4). Ma queste considerazioni non permettevano di confidare che il Consiglio acquistasse e potesse godere di fronte all'onnipotenza di una sola Assemblea una autorità morale, la quale supplisse a quella che di fatto non gli era data. Si erano voluti conciliare principî opposti, termini contraddittorî, si era voluto stabilire un determinato sistema politico e con espedienti, con mezze misure ottenere almeno in parte i vantaggi di un sistema politico diverso: il solo risultato possibile era un ibridismo dottrinario senza seria efficacia pratica. Infatti « l'esperienza provò che era difficile dare un potere effettivo a un Consiglio il quale poteva essere spogliato (delle sue attribuzioni legislative) da un voto che dichiarasse l'urgenza dei progetti di legge, ed al quale era stato ricusato il diritto di seguire i suoi lavori all'Assemblea per difenderli » (5). Per questa parte i legislatori dell'Anno VIII erano stati più logici, giacchè — come si è accennato — la discussione dei progetti elaborati dal Consiglio veniva sostenuta dai suoi membri davanti al Tribunato ed al Corpo legislativo.

(1) **Ducrocq**, pag. 140.
(2) **Batbie**, vol. IV. pag. 90.
(3) **Vivien**, *Études* vol. I, pag. 112.
(4) **Vivien**, *Études* vol I, pag. 97.
(5) Così **Batbie** nella Relazione 29 Gennaio 1872 all'Assemblea Nazionale (*Journal Officiel* 20 Febbraio 1872 — *Annexe* n. 863.

*
* *

Gli avvenimenti del Dicembre 1851 mutarono radicalmente il reggimento politico della Francia; perciò il Consiglio di Stato repubblicano venne sciolto, e la Costituzione del 14 Gennaio ed il Decreto organico del 25 Gennaio 1852 stabilirono un nuovo Consiglio. Non poteva infatti essere mantenuta l'organizzazione di un Consiglio, il quale era destinato a moderare il potere di un' Assemblea sovrana, se questa era scomparsa per far luogo al potere dell'Imperatore; e dovea altresì cessare ogni ordinamento del Consiglio di Stato diretto a limitare e controllare il potere esecutivo, dacchè questo era divenuto così preponderante da assorbire o dominare ogni altro potere. In presenza della restaurazione del reggimento imperiale era ben naturale che venisse in grandissima parte richiamata in vigore quella organizzazione, che il Consiglio di Stato avea avuta sotto il Consolato ed il primo Impero. Esso ridiventò l'ausiliario principale e quasi lo strumento necessario del governo, cosicchè « per quasi vent'anni il Consiglio di Stato, sebbene occupasse il terzo posto nell'ordine delle precedenze fra i grandi Corpi dello Stato, fu tuttavia il primo per il suo potere effettivo » (1). Ma questo potere gli derivava solo come un riflesso, come una delegazione di quello dell'Imperatore. Il Consiglio era bensì « ancora più che sotto la Costituzione del 1848 un corpo politico; ma esso non era chiamato in alcun caso a limitare i diritti del potere esecutivo: la sua missione era piuttosto di estenderli prestandogli appoggio, coprendolo negli atti che il potere esecutivo non poteva fare da solo o direttamente senza impegnare oltre misura la sua responsabilità » (2).

Il Consiglio di Stato, di cui la presidenza spettava dapprima all'Imperatore, ebbe poi un Presidente, che era Ministro senza portafoglio, oltre a tre Vicepresidenti ed ai Presidenti di sezione. Formavano parte del Consiglio, oltre a varî membri della famiglia imperiale ed ai Ministri, da quaranta a cinquanta consiglieri in servizio ordinario, quindici e in seguito venti consiglieri in servizio ordinario *hors sections* scelti fra gli alti funzionarî dell'amministrazione attiva e dell'ordine giudiziario, venti consiglieri in servizio straordinario, quaranta *maîtres des requêtes*, quaranta e poscia ottanta uditori. Tutti indistintamente i membri del Consiglio erano nominati e rimossi dall'Imperatore. I consiglieri in servizio ordi-

(1) **Batbie** nella Relazione succitata.
(2) **Vivien**, *Études* vol. I, pag. 98-9.

nario *hors sections* prendevano parte solo alle assemblee generali: essi vi doveano portare il contributo della loro esperienza e rappresentare le necessità pratiche della pubblica amministrazione (1). I consiglieri in servizio straordinario potevano partecipare solo a quelle Assemblee generali, a cui per la trattazione di un determinato affare erano invitati per mezzo di uno speciale decreto: questi consiglieri costituivano quindi un elemento estraneo, di cui il Governo avea opportunità di valersi per spostare la maggioranza del Consiglio (2). *I maîtres des requêtes* aveano voce deliberativa solo negli affari di cui erano relatori.

Il Consiglio di Stato era ripartito in cinque sezioni oltre ad una sezione del contenzioso. Ciascuna delle cinque sezioni preparava i progetti di legge relativi alle materie di sua competenza: una sezione era bensì detta di legislazione, ma aveva questo nome solo nei riguardi della legislazione civile e penale, che assieme alla giustizia ed agli affari esteri formava l'oggetto delle sue attribuzioni. I progetti di legge preparati dalle sezioni erano poi sottoposti alla deliberazione dell'assemblea generale. Gli affari contenziosi erano esaminati dalla sezione del contenzioso, ma se vi era costituzione d'avvocato venivano poi discussi in pubblica udienza e deliberati dalla stessa sezione aumentata però di dieci membri, presi in numero eguale nelle altre cinque sezioni e rinnovati ogni anno.

La sfera delle attribuzioni del Consiglio era assai estesa, specialmente in materia legislativa. Esso doveva redigere tutti i progetti di legge compresi quelli dei bilanci e per mezzo dei suoi membri designati dal Governo presentarli e sostenerne la discussione dinanzi al Corpo legislativo ed al Senato. Per far comprendere l'importanza di tali attribuzioni conviene ricordare che in base alla Costituzione del 1852 i Deputati non aveano l'iniziativa delle leggi e che qualsiasi emendamento, che la Commissione parlamentare incaricata dell'esame di un progetto di legge intendesse di apportarvi, non poteva esser messo in discussione se non era preventivamente adottato dal Consiglio. Fu soltanto per effetto del Senatoconsulto 8 Settembre 1869, che il Corpo legislativo ottenne l'iniziativa delle leggi e che quanto agli emendamenti la funzione del Consiglio fu limitata a dare un semplice parere nel caso di disaccordo fra il Governo e la Commissione parlamentare. Al Consiglio di Stato do-

(1) **Batbie**, *Traité* Vol. IV, pag. 59.
(2) **Vivien**, *Études* Vol. I, pag. 106.

veano poi essere sottoposti anche tutti i progetti di senatoconsulti e i *règlements d'administration publique*. Esso proponeva i decreti su tutti gli affari amministrativi che leggi e regolamenti rimettevano al suo esame, dava parere sulle questioni che gli fossero sottoposte dal Governo e conosceva degli affari di alta polizia amministrativa ossia della condotta dei pubblici funzionarî, i cui atti fossero dal Governo deferiti al suo esame. Infine il Consiglio di Stato preparava i decreti che doveano statuire in materia di contenzioso amministrativo e sui conflitti di attribuzione. Questi erano così rientrati nella competenza del Consiglio, ma esso aveva in pari tempo perduto ogni potere di giurisdizione propria: il sistema della *justice retenue* era stato restaurato e le decisioni sia in materia di conflitti che di contenzioso formalmente emanavano in modo diretto dall'Imperatore. Conviene però avvertire, che sotto il secondo Impero il Consiglio di Stato andò sviluppando ben più largamente che non avesse mai fatto quella liberale giurisprudenza relativa ai *recours pour excès de pouvoir,* che di tanto accrebbe le garanzie dei cittadini di fronte all'amministrazione. I *recours pour excès de pouvoir* allargarono infatti la tutela della legalità ben oltre la cerchia, entro cui la dottrina classica del contenzioso la rinserrava col richiedere che l'atto amministrativo recasse offesa ad un diritto acquisito: quei ricorsi valsero a reprimere l'illegalità degli atti della pubblica amministrazione anche se lesivi di un semplice interesse. Orbene, il Decreto 25 Marzo 1852 — detto di decentramento — avea delegata ai Prefetti la decisione di vari affari concernenti sia l'amministrazione generale, sia le amministrazioni locali, i quali erano prima definiti dal Governo dopo udito il Consiglio di Stato: come correttivo della nuova maggiore autorità attribuita ai Prefetti, sembrò in progresso di tempo opportuno sviluppare in confronto dei loro atti i *recours pour excès de pouvoir*. D'altro lato, il Decreto 2 Novembre 1864, accordando l'esenzione dalle tasse all'infuori di quelle di bollo e registro ai ricorsi presentati al Consiglio di Stato contro gli atti delle autorità amministrative per incompetenza od eccesso di potere e permettendo alle parti di istituire detti ricorsi senza ministero di avvocato, parve dare ai *recours pour excès de pouvoir* un riconoscimento giuridico meno incerto di quello che dopo il 1830 il Consiglio di Stato avea creduto di trovare nella legge 7-14 Ottobre 1790. Comunque sia, fatto è che durante il secondo Impero — specialmente dal 1860 al 1870 — i ricorsi per

eccesso di potere ebbero uno sviluppo straordinario (1). Come diceva alla Camera dei Deputati M. Frank Chauveau — relatore della legge sul Consiglio di Stato del 1879 (2) — « in quel tempo nessun controllo esisteva sugli atti dell'amministrazione. Il diritto d'interpellanza era stato soppresso, la stampa era frenata, il diritto di petizione era stato relegato al Senato. Il Governo pensò allora che in ciò v'era un pericolo per lui stesso, che la responsabilità degli atti di una amministrazione così estesa poteva divenire temibile per il Capo dello Stato solo responsabile; si credette che bisognava procurare ai lamenti legittimi la possibilità di manifestarsi. Il Consiglio di Stato venne scelto per tale ufficio — perchè non poteva dar ombra al Governo — ed esso naturalmente si prestò con premura a quell'aumento di attribuzioni.... ».

Riassumendo, il Consiglio di Stato sotto il secondo Impero avea da adempiere funzioni della più alta importanza: quasi per delegazione dell'Imperatore, esso esercitava persino una gran parte del potere attribuito al Capo dello Stato in materia legislativa. Ma la stessa estensione delle sue attribuzioni in un reggimento politico quale era l'Impero rendeva necessario, che il Governo avesse la sicurezza di non incontrare alcuna seria opposizione nel Consiglio. A questo scopo tendevano vari degli ordinamenti che si sono riassunti e principalmente il diritto discrezionale dell'Imperatore di nominare e rimuovere i membri del Consiglio, la facoltà di invitare alle assemblee generali i consiglieri del servizio straordinario, il sistema della *justice retenue*. Se dunque il Consiglio di Stato aveva larghe attribuzioni anche di carattere politico, esso « perdeva in indipendenza ciò che guadagnava di autorità ufficiale » (3). D'altro lato le preoccupazioni politiche, in cui si trovava involto, doveano togliere serenità al Consiglio di Stato nello stesso esercizio di quella suprema funzione consultiva dell'amministrazione, la quale è quasi uno schermo, un freno alla inclinazione, che risente necessariamente chi la dirige, di lasciarsi guidare da riguardi ed interessi di politica personale. Infine la completa sottomissione del Consiglio di Stato al Governo e la incondizionata amovibilità dei suoi membri certo non lasciavano al disopra d'ogni sospetto l'imparzialità del Consiglio nell'esercizio della giurisdizione amministrativa.

(1) **E. Laferrière,** Vol. I pag. 225 e seg.
(2) Seduta del 12 Luglio 1879 (*Journal Off.* 13 Luglio 1879).
(3) **Vivien**, *Ètudes* Vol. I, pag. 111.

*
* *

Alla caduta del secondo Impero si ripetè quello che era avvenuto in tutti i precedenti mutamenti della costituzione politica. Il Consiglio di Stato venne sciolto dal Governo della Difesa nazionale nel 15 Settembre 1870, ed in attesa che fosse riorganizzato dall'Assemblea nazionale una Commissione provvisoria ebbe incarico di sbrigare gli affari urgenti. Fu però soltanto nel 24 Maggio 1872 che l'Assemblea nazionale approvò la legge, la quale riconsacrava l'istituzione del Consiglio di Stato e stabiliva il suo nuovo ordinamento. Quella legge è in gran parte tuttore vigente, dacchè le leggi successive vi arrecarono solo parziali modificazioni.

Rifuggendo dal ridare al Consiglio di Stato quelle attribuzioni di ordine politico che aveano una ragione d'essere soltanto nel reggimento imperiale e volendo in pari tempo evitare di chiamarlo a quella partecipazione diretta nella legislazione, che durante la Repubblica del 1848 ne avea fatto con così scarso successo un potere dello Stato, — i legislatori del 1872 in generale rimisero in vita l'ordinamento del Consiglio sotto la Monarchia di Luglio come quello più di ogni altro conforme ai principî di un sano reggimento costituzionale. Vennero però prese dagli ordinamenti della seconda Repubblica due riforme che essa avea compiute con liberale saggezza: il sistema della *justice déléguée* e l'attribuzione dei conflitti fra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa ad un Tribunale speciale. Dalla Costituzione del 1848 fu anche presa la nomina dei consiglieri di Stato da parte dell'Assemblea nazionale: essi dovevano venire rinnovati per terzo ogni triennio ed erano indefinitamente rieleggibili. Questa disposizione avea dato luogo a vivissime opposizioni, dacchè male si accordava coll'intendimento di voler fare – come dichiarava Batbie relatore della legge (1) — « un Consiglio simile a quello che avea funzionato sotto il regime parlamentare ossia principalmente amministrativo e per eccezione legislativo ». Ben a ragione ma con esito contrario si era proposto di differire l'approvazione della legge sul Consiglio di Stato fino a che non fosse stabilita la costituzione politica del paese (2), giacchè finchè questo non av-

(1) Relazione 29 Gennaio 1872 (*Jour. Off.* 19 Febbraio 1872. *Annexe* n. 863).

(2) Seduta 29 Aprile 1872 (*Jour. Off.* 30 Aprile 1872).

veniva, finchè non era deciso se vi dovesse o no essere come allora una sola Assemblea, era certo assai difficile organizzare in modo razionale il Consiglio di Stato. Ed infatti, mentre in materia legislativa formalmente gli si davano attribuzioni all'incirca così modeste come quelle che il Consiglio avea avute sotto la Monarchia di Luglio, era però viva la preoccupazione degli inconvenienti a cui poteva dar luogo l'opera legislativa affidata ad una sola Camera. E perciò si cercava di ovviarvi in modo indiretto procurando che in fatto il Consiglio potesse validamente cooperare nella legislazione, fosse — al dire dello stesso relatore — « oltre che il consulente del Governo il consulente dell'Assemblea, dacchè come i Ministri potevano incaricarlo di preparare un progetto di legge, così l'Assemblea aveva facoltà di rinviargli le proposte di iniziativa parlamentare (1) ». Ora — si diceva — « se i consiglieri verranno nominati dai deputati, essi saranno animati dello stesso spirito e godranno di un grande credito presso l'Assemblea. Potrebbe perciò anche accadere che il rinvio al Consiglio diventasse abituale e che in fatto le sue attribuzioni legislative fossero così estese come lo erano di diritto sotto il regime dell'obbligo consacrato dalla Costituzione del 1848 (2) ». Ma era illusione credere che il Consiglio di Stato potesse in via di fatto esercitare quell'influenza nella legislazione, che per le ragioni esposte più addietro male avea potuto esercitare quando la sua cooperazione era resa formalmente obbligatoria dalla legge. Ad ogni modo, quando la legge del 25 Febbraio 1875, che organizzò definitivamente i pubblici poteri, istituì oltre alla Camera dei Deputati il Senato, quando perciò venne a cessare ogni preoccupazione rispetto all'opera legislativa di una sola Assemblea ed il Consiglio di Stato non poteva essere che un corpo amministrativo per regola e legislativo per eccezione, — la nomina dei consiglieri fu logicamente deferita al potere esecutivo. Infatti, come avea acutamente detto uno degli oppositori discutendosi la legge del 1872, « è abbastanza naturale che se si crede di aver da chiedere un consiglio a qualcuno, si abbia il diritto di scegliere il proprio consigliere (3) ».

(1) Relazione supplementare 23 Maggio 1872 (*Jour. Off.* 29 Maggio 1872. *Annexe* n. 1171).

(2) Relazione succitata 29 Gennaio 1872.

(3) Discorso del deputato **Bertauld**. Seduta 19 Febbraio 1872 (*Jour. Off.* 20 Febbraio 1872).

Le attribuzioni del Consiglio di Stato, quali furono stabilite dalla legge del 1872 e che le leggi successive non mutarono, si riferiscono alla legislazione, all'amministrazione ed al contenzioso amministrativo. Il Consiglio in materia legislativa ha solo una funzione facoltativa e subordinata: esso non ha che da dar parere « I. sui progetti d'iniziativa parlamentare che l'Assemblea nazionale creda di rinviargli; II. sui progetti di legge preparati dal Governo e che un decreto speciale ordini di sottoporre al Consiglio di Stato ». Disposizione codesta la quale non esclude che in pratica il Consiglio venga dai due rami del Parlamento richiesto di parere anche su progetti d'iniziativa del Governo e che questo gli possa addirittura commettere la preparazione dei disegni di legge (1). Il Governo può poi incaricare dei consiglieri di Stato di sostenere dinnanzi alle Assemblee parlamentari i progetti esaminati dal Consiglio. Sebbene soltanto facoltativa, l'opera che il Consiglio di Stato presta nella legislazione è in pratica abbastanza importante e debitamente apprezzata: ne fanno prova i quadri statistici dei lavori del Consiglio (2) e l'istituzione di una speciale sezione di legislazione, della quale si dirà in appresso. Se non si credette di rendere obbligatorio l'esame dei progetti di legge da parte del Consiglio per timore, che ne restasse offesa la responsabilità ministeriale, e per la considerazione, che in varî casi il parere del Consiglio sarebbe tornato tardivo od inutile, — però in Francia è riconosciuto come « eminentemente prezioso per il Parlamento e sopratutto per le Commissioni » il contributo recato dallo studio maturo, che dei progetti di legge faccia il Consiglio di Stato, studio « al quale non possono dedicarsi gli uomini politici assorbiti dalla vita parlamentare e da occupazioni di ogni genere (3) ». « Il punto di vista, da cui il Consiglio esamina i progetti, è spesso differente da quello che più preoccupa il legislatore ed è per conseguenza utile che la sua opinione sia intesa. D'altra parte il Consiglio rivolge naturalmente una grande cura alle questioni di forma, le quali hanno tanta importanza nella redazione delle leggi (4) ».

(1) **Béquet**, Vol. VIII pag. 152.

(2) *Revue générale d'administration* 1879, Vol. I pag. 98 e seg., pag. 185 e seg. — 1880, Vol. III, pag. 65 e seg. — 1889 Vol. III, pag. 218 e seg.

(3) Relazione 9 Luglio 1879 del deputato **Frank Chauveau** (*Jour Off.* 21 Luglio 1879. *Annexe* n. 1630).

(4) **Aucoc**, pag. 161-2.

In materia amministrativa le funzioni del Consiglio sono poco meno estese di quello che erano sotto l'Impero: esso è tuttora per l'amministrazione un'assemblea consultiva « che rischiara le sue intraprese... feconda le sue vedute. le serve di aiuto e di appoggio in mezzo alle difficoltà giornaliere che una lunga esperienza può sola risolvere (1) ». Le attribuzioni del Consiglio in materia ammistrativa più che dalle leggi che lo hanno ordinato derivano dalla congerie delle leggi e dei regolamenti, che disciplinano le diverse parti della pubblica amministrazione. Tra le attribuzioni amministrative del Consiglio la più notevole è costituita dalla preparazione o dall' esame dei *règlements d'administration publique* e dei *décrets portant règlement d' administration publique:* il parere del Consiglio è per essi obbligatorio. La Costituzione dell'Anno VIII, dando al Consiglio di Stato l' incarico di redigere i *règlements d'administration publique*, « certo intendeva con ciò che tutti i regolamenti destinati a disciplinare i diversi rami dell'amministrazione e che prescrivessero le norme obbligatorie pei cittadini, dirette ad assicurare l' esecuzione delle leggi » fossero elaborate col concorso del Consiglio. Ma il Governo della Ristorazione, che tendeva a limitarne le attribuzioni, si sforzò di restringere il valore di quella disposizione, e così ne venne che « l' intervento del Consiglio di Stato nella redazione dei regolamenti sia obbligatorio solo nel caso, in cui una legge abbia espressamente disposto che certe norme di esecuzione vengano determinate da un *règlement d'administration publique* (2) ». Tale restrizione è oggetto di ragionevole critica: si osserva che il bisogno « di dare garanzie all'interesse pubblico ed agli interessi privati contro gli errori, contro gli abusi possibili del potere regolamentare » è maggiore « nel caso che il Governo prenda l'iniziativa di un regolamento per organizzare un servizio pubblico, per imporre degli obblighi ai cittadini » che non sia « quando si tratta di determinare certe norme particolari entro i limiti fissati da una legge speciale (3) ». Però in pratica il Consiglio viene consultato su quasi tutti i regolamenti (4).

(1) **Macarel,** *Cours d'administration et de droit administratif* (Paris 1852) Vol. II pag. 337-8.

(2) (3) **Aucoc,** pag. 150-1.

(4) **Aucoc,** pag. 154.

In materia contenziosa le attribuzioni del Consiglio ebbero dalla legge del 1872 una estensione maggiore che non avessero mai avuta. In base all'art. 9 « il Consiglio statuisce sovranamente su tutti i ricorsi in materia contenziosa amministrativa e sulle domande di annullamento per eccesso di potere fatte contro gli atti delle autorità amministrative ». Così non solo veniva attribuito al Consiglio un potere di giurisdizione propria, ma il legislatore consacrava altresì formalmente la giurisprudenza che s'era andata sviluppando rispetto ai *recours pour excès de pouvoir*.

*
* *

Il Consiglio di Stato è presentemente composto dei Ministri, di consiglieri in servizio ordinario, di consiglieri in servizio straordinario, di *maîtres des requêtes* e di uditori. La presidenza spetta al Ministro Guardasigilli: fra i consiglieri ordinari vengono poi nominati con decreto del Presidente della Repubblica un Vicepresidente, che è di fatto il presidente del Consiglio, e i Presidenti di sezione. I Ministri, tranne che in materia contenziosa, hanno voto deliberativo per gli affari che riguardano il rispettivo Ministero. La legge 13 Luglio 1879 aumentò il personale del Consiglio « in ragione dei servizi che è chiamato a rendere e per procurare una migliore distribuzione dei lavori creando una nuova sezione ». L'aumento era tanto più ragionevole in quanto « l'introduzione (formale) nelle attribuzioni del Consiglio dei ricorsi per eccesso di potere avea prodotto un rapido aumento di questa parte della giurisdizione amministrativa », e d'altro lato era necessario poter « assegnare ad ogni sezione più di un consigliere che avesse cognizioni tecniche in uno dei grandi rami dell'amministrazione (1) ». In forza della succitata legge i consiglieri ordinari da ventidue — quanti erano per la legge del 1872 — furono aumentati a trentadue, i consiglieri in servizio straordinario da quindici a diciotto, i *maîtres des requêtes* da ventiquattro a trenta, gli uditori da trenta a trentasei.

I consiglieri in servizio ordinario vengono nominati e possono essere destituiti dal Presidente della Repubblica con decreto deliberato in Consiglio dei Ministri. Unica condizione richiesta dalla legge per la nomina a consigliere è l'età di trent'anni. Al difetto di de-

(1) Progetto di legge presentato dal Ministro Guardasigilli al Senato nella seduta del 18 Marzo 1879 (*Jour. Off.* 27 Marzo 1879. *Annexe* n. 66).

terminate categorie, nelle quali debbano prendersi i membri del Consiglio di Stato come era stabilito sotto la Ristorazione, supplisce in pratica fino ad un certo punto la consuetudine tradizionale di nominare al posto di consigliere e di *maître des requêtes* solo alti funzionari civili od anche militari e membri delle assemblee politiche (1). I consiglieri ordinari, come tutti gli altri impiegati dello Stato, possono essere invitati a far valere i loro diritti alla pensione. La facoltà discrezionale che così ha il Governo di collocarli d'ufficio a riposo, se da una parte apparisce giustificata dal bisogno di escludere dal servizio persone divenute incapaci per età od infermità, lascia d'altro lato i consiglieri ordinari senza alcuna garanzia di fronte all'arbitrio ministeriale.

I consiglieri in servizio straordinario sono nominati dal Presidente della Repubblica fra gli alti funzionari delle amministrazioni centrali: la loro nomina è fatta in riguardo non della persona, ma delle funzioni che esercita, e quindi essi « perdono di pieno diritto il titolo di consigliere di Stato quando cessino di appartenere all' amministrazione attiva (2) ». I consiglieri in servizio straordinario istituiti dalla legge del 1872 corrispondono ai consiglieri ordinari *hors sections* dell'Impero. Essi « sono i portavoce e i rappresentanti ordinari dei Ministri e delle amministrazioni centrali presso il Consiglio di Stato (3) », servono — come spesso fu detto — a mettere a contatto l'amministrazione che agisce coll'amministrazione che delibera, a temperare la tendenza naturale del Consiglio di Stato verso le regole generali, versa un rigorismo dottrinario, verso una esattezza teorica colle esigenze della pratica e degli interessi concreti dell'amministrazione. Ad onta di tali giustificazioni la partecipazione di membri dell'amministrazione attiva alle deliberazioni del Consiglio sollevò vive opposizioni nella discussione della legge 1872, come era avvenuto in quella di leggi precedenti. Il deputato Raudot, combattendo insieme i consiglieri in servizio straordinario e l'intervento dei Ministri nel Consiglio, diceva: « Non comprendo come chi ha da essere illuminato vada ad illuminare sè stesso, abbia voce deliberativa nel parere che gli deve esser dato sulla sua amministrazione.... E i consiglieri in servizio straordinario che hanno voce deliberativa sono precisamente i principali impiegati del Ministero. A questo modo sopra una questione,

(1) **Béquet**, Vol. VIII. pag. 143.
(2) (3) **Béquet**, Vol. VIII pag. 147.

sulla quale il Ministro richiede il parere del Consiglio di Stato, ecco il Ministro che delibera, ecco i suoi principali subalterni che deliberano.... i pareri saranno il riflesso del pensiero del Ministro (1) ». Però è opportuno notare che, se il legislatore del 1872 — uniformandosi del resto a quanto aveano stabilito tutti gli anteriori ordinamenti del Consiglio, eccettuato quello della seconda Repubblica, — ammise la partecipazione di membri dell'amministrazione attiva, ebbe cura che tale partecipazione non riuscisse un elemento perturbatore. A questo intento la legge limitò il numero dei consiglieri in servizio straordinario così che rimanesse sempre assicurata la preponderanza dei consiglieri ordinari; ai consiglieri in servizio straordinario sia nell'assemblea generale sia nella sezione di cui sono membri attribuì voto deliberativo solamente per gli affari riguardanti il Ministero al quale appartengono; e li escluse dal formar parte della sezione e dell'assemblea del contenzioso. Fra gli scrittori francesi la grande maggioranza fu sempre favorevole al servizio straordinario se contenuto all'incirca entro i limiti che la legge vigente ha stabiliti. In proposito merita di essere ricordato che Vivien voleva un servizio straordinario permanente per la trattazione degli affari amministrativi, affinchè nell'adempiere all'ufficio di personificare l'amministrazione attiva presso l'amministrazione deliberante e di fornire i necessari chiarimenti pratici nelle discussioni esso si trovasse al corrente dei precedenti. L'illustre autore opinava che invece, per quanto si riferiva all'esame ed alla preparazione di leggi e regolamenti, fosse opportuno un servizio straordinario temporaneo: le discussioni del Consiglio sarebbero rese più elevate e complete dall'intervento delle persone estranee più competenti per le loro cognizioni speciali nelle singole materie, ma « per prevenire l'ingombro e facilitare le combinazioni reclamate dalla varietà dei soggetti le aggregazioni di quelle persone dovrebbero essere temporanee, stabilite per una determinata discussione e non dovrebbero quindi conferire alcun titolo agli individui che ne fossero oggetto (2) ». La legge 1872 soddisfa in parte il voto espresso da Vivien: infatti « il Governo può chiamare a partecipare alle sedute dell'assemblea o delle sezioni con voce consultiva le persone che per le loro cognizioni speciali fossero in grado di illuminare la discussione ».

(1) Seduta del 30 Aprile 1872 (*Jour. Off.* 1 Maggio 1872).

(2) *Revue* 15 Ottobre 1841 pag. 25 e seg.

I *maîtres des requêtes* vengono nominati con decreto del Presidente della Repubblica in seguito alla presentazione di candidati fatta dal Vicepresidente del Consiglio e dai Presidenti di sezione: un terzo dei posti è riservato agli uditori. L'ufficio di Presidenza deve essere chiamato a dare il suo parere anche in caso di destituzione, la quale deve seguire a mezzo di un decreto individuale. I *maîtres des requêtes* hanno voto deliberativo sia all'assemblea generale sia nella sezione a cui sono addetti soltanto negli affari che riferiscono: hanno voce consultiva negli altri. Ha grado e titolo di *maître des requêtes* anche il Segretario generale del Consiglio di Stato.

Gli uditori sono divisi in due classi, a cui spettano però uguali attribuzioni. Gli uditori di prima classe vengono nominati con decreto del Presidente della Repubblica sopra presentazione fatta dal Vicepresidente del Consiglio e dai Presidenti di sezione; quelli di seconda classe sono nominati in base a concorso. La legge del 1872 esigeva il concorso anche per la nomina degli uditori di prima classe, ma la legge succitata del 1879 lo abolì, e di tale provvedimento così dava ragione il Ministro proponente: « Il Governo si riserva la scelta degli uditori di prima classe, giacchè lo Stato non può disinteressarsi della loro nomina. Gli è indispensabile di trovare negli uditori, i quali non solo sono degli ausiliarî nel presente, ma degli alti funzionarî in avvenire, una comunanza di vedute e di scopi che renda la loro collaborazione pienamente efficace (1) ». Gli uditori sia di prima che di seconda classe possono essere destituiti soltanto a mezzo di un decreto individuale dopo udito il parere dell'ufficio di Presidenza. Gli uditori hanno nella sezione voto deliberativo negli affari che riferiscono e consultivo negli altri: all'assemblea generale hanno voce consultiva soltanto negli affari di cui sono relatori. L'istituto degli uditori ha anche presentemente due scopi: il primo è quello di una modesta ma attiva collaborazione nella trattazione degli affari del Consiglio, collaborazione la quale serve di prezioso tirocinio per formare dei *maîtres des requêtes*. L'altro scopo è quello di educare abili funzionari per l'amministrazione attiva. Infatti gli uditori di seconda classe dopo un determinato periodo di anni, che era fissato a quattro nella legge del 1872 e fu prolungato ad otto dalla legge 1 Luglio 1887, ove non siano riusciti ad essere nominati uditori di

(1) Progetto di legge succitato 18 Marzo 1879.

prima classe o non vengano chiamati a funzioni pubbliche estranee al Consiglio, cessano di formarne parte. Ogni anno in base alla succitata legge del 1887 determinati posti — per la maggior parte negli uffici di prefettura — sono messi a disposizione degli uditori di seconda classe che abbiano almeno quattro anni di servizio.

L'uditorato non è il solo dei legami fra la carriera dell'amministrazione attiva e quella dell'amministrazione deliberante, come i Francesi chiamano il Consiglio di Stato. Già la legge del 1872 stabiliva che, mentre per regola generale le funzioni di consigliere in servizio ordinario e di *maître des requêtes* sono incompatibili con ogni funzione pubblica retribuita, gli ufficiali generali o superiori di terra e di mare, gli ispettori e ingegneri dei ponti e strade, delle miniere e della marina, i professori dell'insegnamento supesiore potessero essere *détachés au Conseil d'État* in qualità di consiglieri ordinari e di *maîtres des requêtes*. E la legge del 1879 stabilì che i consiglieri in servizio ordinario, i *maîtres des requêtes* e gli uditori di prima classe, dopo un triennio da che formano parte del Consiglio, possano senza perdervi il loro posto essere nominati ad altre funzioni pubbliche per un tempo non eccedente tre anni: il numero dei membri del Consiglio che ricevono tali delegazioni non può rispettivamente superare il quinto di quello dei consiglieri, *maîtres des requêtes*, uditori; e non si verifica cumulo di stipendi. Il Ministro proponente la legge così giustificava tale disposizione: « Finora non si poteva uscire dal Consiglio se non perdendo il diritto di riprendervi il posto. D'ora innanzi l'accettazione di funzioni attive non porterà alcuna interruzione nella carriera dei consiglieri, *maîtres des requêtes*, uditori. Essi rientreranno in seno del Consiglio, quando il Governo crederà di richiamarveli, coll'autorità dell'esperienza tecnica acquistata nei diversi servizî amministrativi. Vi è ragione di sperare che si stabilirà così fra il Consiglio ed i vari dicasteri ministeriali uno scambio regolare di personale ugualmente vantaggioso all'uno ed agli altri (1) ». Il passaggio, che in forza delle disposizioni suaccennate avviene dall'ufficio consultivo all'ufficio esecutivo e reciprocamente da questo a quello, trova giustificazione nelle tradizioni amministrative francesi. Già si è accennato come ad es. sotto l'*Ancien Régime* i membri inferiori del *Conseil du Roi* erano di frequente mandati nelle Provincie ad esercitarvi uffici di governo; e Napoleone I diede

(1) Progetto di legge succitato 18 Marzo 1879.

straordinario sviluppo allo scambio di personale fra il Consiglio di Stato e l'amministrazione attiva: uditori e consiglieri in servizio straordinario erano di continuo inviati in gran numero nei paesi conquistati ad organizzarvi l'amministrazione, a dirigerne i servizi. La Commissione della Camera incaricata dell'esame della legge del 1879 avea per verità dichiarato che « il legame fra il Consiglio di Stato e i servizi amministrativi era a sufficienza assicurato coll'essere mantenuto ed aumentato il servizio straordinario ». Essa non trovava che « i consiglieri di Stato ambulanti avessero nella Francia unificata, nella sua organizzazione amministrativa eminentemente utile ma modesta, la stessa giustificazione che i *missi dominici* i quali, distaccati dal Consiglio di Stato sotto il primo Impero, recavano nei paesi conquistati qualche lampo del prestigio che circondava il dominatore ed il suo Consiglio favorito... (1) ». Ma prevalse il concetto di rendere possibile « uno scambio reciproco, assai vantaggioso fra il Consiglio, il quale rappresenta sopratutto la scienza, la tradizione, l'osservanza delle regole, e l'amministrazione attiva, che mette il funzionario in presenza delle difficoltà pratiche... La partecipazione ai lavori del Consiglio prepara i suoi membri all'esercizio di funzioni delicate od importanti.... ed il Consiglio guadagna elementi di forza e di autorità quando i suoi membri staccati per qualche tempo vi rientrino coll'esperienza acquistata nei diversi servizi amministrativi (2) ». Benefici codesti certo apprezzabili, ma che sarebbero di gran lunga superati da conseguenze assai dannose per la serenità, per l'indipendenza, per il prestigio stesso del Consiglio, ove la facoltà di delegare i suoi membri all'esercizio di funzioni dell'amministrazione attiva non venisse usata con grande riserva e con assai prudente accorgimento. Ad ogni modo, meno discutibile è l'utilità che l'uditorato può arrecare educando buoni funzionari; ed è anche oggi in gran parte vero quello che in proposito scriveva Vivien: « Lo studio del diritto amministrativo nelle facoltà, malgrado i suoi progressi incontestabili, è ancora molto incompleto e s'arresta d'altra parte alla teoria. I Consigli elettivi sono buone scuole pratiche ma vi si entra tardi e se ne esce educati più alla critica che all'azione: solo il Consiglio di Stato nelle sue deliberazioni sapienti e ricche di esperienza dà a

(1) Relazione succitata dal deputato **Frank Chauveau.**

(2) Relazione presentata nella seduta 12 Maggio 1879 del Senato (*Jour. Off.* 24 Maggio 1879 . *Annexe* n. 181).

quelli che le seguono la scienza delle leggi ed il segreto della loro applicazione politica ed intelligente (1) ».

La legge del 1872 ripartiva il Consiglio in quattro sezioni, compresa quella del contenzioso: la legge del 1879 ne istituì una quinta detta di legislazione, alla quale sono attribuiti anche la giustizia e gli affari esteri. Una legge poi del 26 Ottobre 1888 autorizzò la creazione di una sezione temporanea del contenzioso quando i bisogni del servizio lo esigano. La ripartizione dei membri del Consiglio di Stato tra le varie sezioni viene fatta per un tempo non minore di tre anni con decreto del Presidente della Repubblica per quanto riguarda i consiglieri in servizio ordinario e con *arrêté* del Guardasigilli rispetto agli altri membri. Quando un determinato affare abbia riferimento alla competenza di due sezioni, queste possono per disposizione del Guardasigilli o del Vicepresidente del Consiglio essere riunite per deliberare assieme.

L' istituzione della sezione di legislazione fu giustificata col bisogno di dare maggiore autorità, di rendere più eminente la collaborazione del Consiglio di Stato in materia legislativa. Il Ministro Guardasigilli proponendo la legge del 1879 dichiarava: « Se è giusto di proclamare che nelle parti tecniche e speciali i lavori del Consiglio di Stato sono irreprensibili, non è meno giusto di convenire che dal punto di vista giuridico propriamente detto essi sembrano risentirsi della insufficienza dei giureconsulti in seno del Consiglio » (2). A questo difetto si ritenne di provvedere colla creazione della sezione di legislazione, la quale oltre a preparare od esaminare progetti di leggi civili o penali e di ordine generale, va ad aggiungersi alle singole altre sezioni ogniquavolta, specialmente rispetto a leggi e regolamenti, « vi sia bisogno di accoppiare ai lumi di uomini aventi competenza speciale nella materia le vedute generali, sintetiche e le cognizioni teoriche dei giureconsulti » (3). La sezione di legislazione fece buona prova come l' attesta anche un recente documento parlamentare (4). I progetti di legge ed i *règlements d' administration publique* preparati od esaminati nelle varie sezioni sono poi sottoposti alla deliberazione dell' assemblea generale, che

(1) *Rev.* 15 Ottobre 1841 pag. 27.

(2) Progetto di legge succitato 19 Marzo 1879.

(3) Relazione succitata del deputato **Frank Chauveau.**

(4) Relazione presentata nella seduta 12 Giugno 1888 della Camera dei Deputati (*Jour. Off.* 27 Luglio 1888 — *Annexe* n. 2773)

viene presieduta dal Guardasigilli o — come accade d'ordinario — dal Vicepresidente del Consiglio. All'assemblea generale viene altresì deliberato, oltre che sopra un grande numero di affari tassativamente attribuiti alla sua competenza, anche su affari che le siano rinviati dai Ministri, dai Presidenti di sezione oppure per domanda della sezione competente.

La sezione del contenzioso, di cui dapprima teneva la presidenza il Vicepresidente del Consiglio e che ebbe poi per la legge 1 Agosto 1874 uno speciale Presidente, decide per regola generale gli affari contenziosi di competenza del Consiglio nei quali non è obbligatoria la costituzione di avvocato: fra le eccezioni è però notevolissima quella dei ricorsi per eccesso di potere. Quanto agli altri affari, la sezione del contenzioso ne dirige l'istruttoria scritta e prepara i progetti delle decisioni, che spetta di prendere all'*Assemblée publique du Conseil d'État statuant au contentieux.* Questa assemblea in base alla legge del 1879 è composta del Vicepresidente del Consiglio, dei membri della sezione del contenzioso e di otto consiglieri in servizio ordinario presi in numero eguale in ciascuna delle quattro sezioni amministrative e designati per almeno tre anni dal Vicepresidente del Consiglio, che ne delibera d'accordo coi Presidenti di sezione. L'assemblea del contenzioso decide anche tutti gli affari, in cui non occorre costituzione di avvocato, ma che la sezione del contenzioso le rinvii. Il rinvio avviene di pieno diritto per domanda di un singolo consigliere o del Commissario del Governo. Sia presso la sezione che l'assemblea del contenzioso quattro *maîtres des requêtes* designati dal Presidente della Repubblica adempiono le funzioni di Commissari del Governo e prendono le conclusioni nel pubblico interesse.

*
* *

Le podestà e le norme con cui il Consiglio di Stato esercita presentemente la giurisdizione contenziosa segnano un notevole progresso rispetto al passato: le riforme introdotte man mano negli ultimi sessant'anni giunsero a dargli quanto più era possibile carattere di Corte di giustizia amministrativa. Ma il Consiglio non poteva nè può divenire realmente e completamente tale: finchè l'esercizio della giurisdizione amministrativa è attribuzione di quello stesso consesso che è l'organo consultivo della pubblica amministrazione, che le deve prestare continuo aiuto ed appoggio, non è

possibile dare ai membri della sezione e dell'assemblea del contenzioso la posizione di veri giudici. Come fu largamente dichiarato nella Camera dei Deputati ed al Senato durante la discussione della legge del 1879 — quando entrambe le rispettive Commissioni desideravano che si decretasse una completa ricostituzione del suo personale —, « il Consiglio di Stato è essenzialmente, secondo che l'indica il nome, una istituzione di Stato, un ausiliario del Governo; esso fu stabilito per essere il consulente, l'appoggio ed il collaboratore dei pubblici poteri.... Bisogna quindi che il Governo possa avere la massima fiducia nel Consiglio, che possa nel suo seno parlare, agire scopertamente, che egli vi si trovi per così dire in casa propria » (1). Ora a questi concetti contraddirebbe in modo assoluto il principio della inamovibilità dei consiglieri di Stato. D'altra parte la promiscuità quasi continua pei membri del Consiglio di attribuzioni contenziose e di attribuzioni amministrative, se certo giova a dare ai giudici del contenzioso una conoscenza pratica e profonda del diritto pubblico, li mantiene però in intimo contatto coll' amministrazione attiva e potrebbe indurli a giudicare con criteri unilaterali, soverchiamente teneri degli interessi di questa.

Come si è accennato, venne più volte discussa in Francia l'opportunità di togliere al Consiglio di Stato la giurisdizione amministrativa che esercita e di affidarla ad un tribunale amministrativo speciale ed indipendente. Tale riforma non toccherebbe la sostanza del sistema del contenzioso amministrativo, il quale in Francia ha così salde e profonde radici nelle tradizioni, nelle abitudini, nella organizzazione politica del paese da far ritenere che solo straordinarî rivolgimenti sociali potrebbero scalzarlo. E d'altra parte se, come scrisse Dareste (2) « vi è una tendenza progressiva e costante del diritto amministrativo ad avvicinarsi al diritto comune, tendenza che si manifesta ad un tempo nella sostanza del diritto e nella giurisdizione », sembrerebbe che — pur ammessa l'opportunità che in Francia la giustizia amministrativa sia affidata a tribunali speciali — sarebbe nulla più che un successivo sviluppo di quella tendenza la costituzione della sezione e dell'assemblea del contenzioso del Consiglio di Stato in una vera e propria Corte di giustizia, in un vero Tribunale amministrativo superiore, come aveva proposto la Commissione incaricata di elaborare la Costituzione

(1) Relazione succitata del deputato **Frank Chauveau.**

(2) Op. cit. pag. 674.

del 1848. Ma nessun accenno si riscontra che induca a ritenere probabile simile riforma: sembra invece una opinione ormai accettata come verità assoluta dalla grandissima maggioranza che — come disse un giorno Gambetta all'Assemblea nazionale (1) — « la giurisdizione amministrativa attribuita ad un Consiglio di Stato è una necessità di primo ordine in un paese organizzato come la Francia ». D'altra parte conviene ricordare che il Consiglio di Stato francese ha praticamente adempiuto le sue funzioni di giurisdizione contenziosa in modo da disarmare i più fieri oppositori. In tempi difficili esso cercò di temperare coll'equità della sua giurisprudenza l'applicazione di leggi per sè stesse arbitrarie ed illiberali: « sotto la Ristorazione gli acquirenti dei beni nazionali trovarono nel Consiglio di Stato difesa e protezione » (2). Lo sviluppo dei *recours pour excès de pouvoir* ben più che della legge fu opera della giurisprudenza liberale del Consiglio. Questa continua la sua mirabile evoluzione: da una parte, ritenendo che « basta che l'interesse offeso, sia solo morale purchè tocchi direttamente l'autore del ricorso » (3), tende ad affermare come precipuo elemento per l'ammissibilità del ricorso per eccesso di potere quello che riposa sulla illegalità obbiettiva dell'atto amministrativo; e d'altro lato, ammettendo come mezzo di annullamento il *détournement de pouvoir* ossia « l'uso di un potere discrezionale per casi e motivi diversi da quelli che ebbe in vista la legge nell'attribuire quel potere » (4), « spinge all'estremo limite la ricerca scrupolosa della legalità.... Non è più infatti la violazione del testo della legge che viene repressa, ma la violazione del suo spirito; non è più solo il dispositivo dell'atto impugnato, che viene preso in esame, bensì i motivi, l'intenzione che l'ha dettato » (5). Perciò l'illustre attuale Vicepresidente del Consiglio di Stato, E. Laferrière, il quale è altrettanto meritevole per aver contribuito nell'ufficio suo a sviluppare liberalmente la giurisprudenza del Consiglio, quanto per averne fatta scientificamente la più splendida illustrazione, potè con grande fondamento di verità affermare che « se qualcuno potesse lagnarsi

(1) Seduta del 19 Febbraio 1872 (*Jour. Off.* 20 Febbraio 1872).

(2) **Vivien**, *Revue* 15 Ottobre 1841 pag. 16.

(3) **E. Laferrière**, vol. II, pag. 406.

(4) **E. Laferrière**, vol. II, pag. 405.

(5) **Aucoc**, *Le Conseil d'État et les recours pour excès de pouvoir* (*Revue des deux mondes* 1 Settembre 1878, pag. 27).

delle tendenze della giurisprudenza sarebbe l'amministrazione piuttosto che i cittadini. Se il Consiglio di Stato avesse voluto favorire la libertà d'azione degli amministratori a spese dei diritti privati, non avrebbe avuto che da rinserrarsi nella stretta interpretazione delle leggi 7-14 Ottobre 1790 e 24 Maggio 1872: nulla gli sarebbe stato più facile che dichiarare inamissibili i ricorsi fondati su mezzi diversi dall'incompetenza prevista nella legge del 1790 o dall'eccesso di potere tal quale è definito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. In luogo di agire così, il Consiglio di Stato s'è continuamente sforzato di sviluppare i mezzi di ricorso, di estenderne l'applicazione. In ciò egli ha reso servigio non solo agli interessi dei cittadini, ma anche a quelli di una buona amministrazione, che non potrebbero separarsi dall'esatta osservanza delle leggi » (1).

Quando si consideri nel suo complesso l'organismo del Consiglio di Stato francese, esso apparisce una delle istituzioni che hanno più salda base, più ampia giustificazione di esistenza. Il Consiglio è infatti validissimo strumento di quell'indirizzo di centralizzazione politico-amministrativa, che è richiesto dalle tradizioni, dalle tendenze, dall'educazione, dal genio nazionale della Francia. « I Francesi — scrisse Tocqueville — fecero nel 1789 il più grande sforzo che mai popolo abbia fatto allo scopo di spezzare, per così dire, in due il loro destino e di separare con un abisso ciò che erano stati da quello che volevano essere.... Ebbene, essi riuscirono in questa singolare impresa meno che non lo si fosse creduto al di fuori e che non l'avessero da principio creduto essi medesimi » (2). Infatti la società nuova fu costrutta colle rovine della vecchia e l'accentramento è fra le più salde compagini della nuova come lo era della vecchia. Esso « è un puro gallicismo, il riflesso di uno spirito di unità proprio della razza e che si manifesta dovunque » (3): l'invadenza moderna, sempre maggiore, dell'indirizzo democratico contribuisce a mantenerlo ed a renderlo più intenso. In tali condizioni il Consiglio di Stato è un organismo necessario. Ben fu dai partigiani del decentramento proposto di sopprimerlo: così fece nella stessa discussione della legge del 1872 il deputato Raudot rinnovando antiche sue proposte e combattendo in modo

(1) Vol. II, pag. 533.
(2) Pag. 5-6.
(3) **Dupont-White**, *La Centralisation* (Paris 1860) pag. 188.

aperto il Consiglio di Stato « come la fortezza dell'accentramento » (1). Ripetè il tentativo il deputato Talandier nella discussione della legge del 1879 dichiarando che « il Consiglio di Stato è l'ostacolo maggiore allo sviluppo delle libertà municipali e dipartimentali... un istituto inutile e dannoso per la buona amministrazione degli affari del paese » (2). Ma quelle proposte non trovarono eco: dato l'accentramento, il Consiglio rappresenta anzi « un moderatore dell'azione centrale » (3). « Sopprimere il Consiglio di Stato sarebbe far sparire la creazione più originale della legislazione francese » (4), e ciò non sarebbe ad ogni modo possibile che mutando completamente l'indirizzo e le basi fondamentali dell'organizzazione amministrativa. Ora questa potente organizzazione fu la salvezza della Francia in mezzo ai suoi frequenti sconvolgimenti politici, giacchè « le assicurò una specie di equilibrio che supplisce al difetto di stabilità » (5). Tale fatto meraviglioso è nella coscienza del paese, ed è per questo che, come il deputato Raudot doveva riconoscere, « in Francia si fanno con grande facilità delle rivoluzioni ma con estrema difficoltà delle riforme » (6).

Pietro Bertolini.

---

(1) Seduta del 19 Febbraio 1872 *(Journ. Off.* 20 Febbraio 1872*)*.

(2) Seduta del 12 Luglio 1879 *(Journ. Off.* 13 Luglio 1879*)*.

(3) Discorso del deputato Gaslonde — Seduta del 3 Maggio 1872 *(Journ. Off.* 4 Maggio 1872*)*.

(4) Relazione succitata del deputato Batbie *(Journ, Off.* 20 Febbraio 1872*)*.

(5) Discorso del senatore Ravignan — Seduta del Maggio 1879 *(Journ. Off.* 27 Maggio 1879*)*.

(6) Seduta del 19 Febbraio 1872 *(Journ. Off.* 20 Febbraio 1872*)*.

CIRCA LE ORIGINI ED IL SUCCESSIVO SVOLGERSI DELLA FACOLTÀ DI TESTARE PRESSO IL POPOLO ROMANO

TENTATIVO DI UNA NUOVA TRATTAZIONE

Ai lettori dell'Archivio Giuridico mi permetto di offrire — sotto gli auspici del chiarissimo professor Filippo Serafini — questo breve saggio d'un mio lavoro che spero potrà veder la luce entro il corrente anno, e di cui lo svolgimento storico del Diritto di testare, formerà parte essenziale.

Nelle poche pagine che sottometto alla cortese critica degli studiosi del Romano diritto, ho ardito esporre alcune mie idee, non del tutto prive di originalità, sul grave argomento della facoltà di testare presso il popolo Romano: argomento che forse non è stato fatto oggetto finora, di alcuna adeguata ed ampia trattazione.

Al quale difetto se colle povere mie fatiche io credessi aver supplito, mi si potrebbe fuor di dubbio tacciare di imperdonabile presunzione.

Ma tale non è stato davvero il mio concetto, nel dare alla luce queste mie modeste pagine: ho inteso bensì incitare con esse chi più di me è competente in materia, a riprender in esame una questione finora troppo inopportunamente trascurata; confidando che nel correggere gli errori ne' quali senza dubbio sarò incorso, verrà fatto più facilmente di giungere al riconoscimento della verità, tanto difficile a scoprirsi nella sua genuina purezza, in un argomento in cui le sicure ed inconcusse testimonianze storiche, pur troppo quasi del tutto fanno difetto.

Che se ad un tale risultato avesse contribuito anche in piccolissima parte, questo mio breve studio, ne andrei oltremodo orgoglioso, sembrandomi non aver speso invano le mie fatiche.

Mi sia adunque lecito esporre qui il frutto de' miei assidui studii, aspettando che dalla autorevole rettificazione degli errori da me commessi, sorga limpida e chiara la luce della verità.

§. 1.

Quale sia il mio assunto in questo rapido cenno, io voglio qui subito dichiarare, per amor di chiarezza.

È mio intento d'offrire nelle seguenti pagine un tentativo di trattazione, nel quale apparisca — contrariamente a quanto è stato fin qui sostenuto dai più — che la facoltà di testare si svolse anche in Roma con quei caratteri medesimi di lenta e graduale evoluzione, che si riscontrano indubbiamente presso tutti gli altri popoli del mondo. E tenterò di porre in chiaro — con quegli argomenti che un accurato studio della questione ha potuto suggerirmi — che furono indotti in errore finora quei trattatisti del Romano Diritto; i quali hanno creduto riscontrare in esso un'origine affatto speciale e straordinaria, della facoltà stessa.

E mi rifarò dalle prime origini:

Non è affatto necessario ch'io mi trattenga a dimostrare l'inesistenza del libero testamento, presso il popolo Romano, nei primissimi tempi. L'intrattenersi su questo argomento, sarebbe proprio un voler portar acqua al mare. Tutti infatti, o quasi tutti i più auturevoli interpreti della legislazione Romana, sono d'accordo nel riconoscere che le antiche forme del *testamentum calatis comitiis* e del *testamentum in procinctu* non potevano essere e non erano che forme solenni di adozione, simili a quelle che si riscontrano — chiarissime ed esplicite, e da tutti riconosciute, nel Diritto Attico (1).

(1) Ricorderò, fra i moltissimi che potrei citare, il **Gans,** *Das Erbrecht in Weltgeschichtlicher Entwickelung*, Berlin, Tübingen, 1824-38, Vol. II, p. 29 e seg.; il **Cuënot,** *Des droits de légitime et de réserve*, Paris, Le Clere, 1877, p. 1-7; il **Carle,** *Le origini del Diritto Romano*, Torino, Bocca, 1888, p. 465 e passim; il **Pantaleoni,** *Storia civile e costituzionale di Roma,* Torino, Unione Tip. ed., 1881, p. 31-2 e 73; e il **Sumner Maine,** *Ancient Law*, Lond., 1861, Cap. VI.

§. 2.

Ma il dubbio comincia dalla legge delle XII tavole; da quella legge che ci è riportata da tanti testi con parole differenti (2), e che sembra concedere al padre di famiglia una sconfinata libertà di testare, assolutamente incomprensibile nell' epoca Storica alla quale deve esser riferita la legislazione tabulare (3).

Ma prima di addentrarmi nell' esame di questa grave questione, sento il dovere di chieder venia ai miei lettori se sarò costretto ad intrattenermi forse soverchiamente su questa prima parte della presente trattazione, in guisa da far apparire tutto il rimanente, quasi come semplice appendice o complemento, a queste preliminari disquisizioni.

(2) Cfr. **Gans,** op. cit., Vol. II, p. 73, Nota 74. — Lo **Schoell** (*Legis duodecim tabularum reliquiae*, Lipsiae, Teubner, 1866, p. 127) ha raccolto diligentemente le varianti, secondo risultano dalla comparazione di testi di **Ulpiano** (*Frag.* XI, 14), **Gaio** (*Inst.* II, 224), **Pomponio** (L. 120, Dig. *De verb. signif.* L, XVI), **Giustiniano** (*Inst.* II, 22, pr.), **Paolo** (L. 53 Dig. eod. tit.) ecc. ecc. Da tale comparazione si ottengono le versioni seguenti: *Uti legassit, uti quis legassit, quis uti legassit, uti legassit quis, uti quisque legassit* (o *legasset*), *uti legassit quisque; Paterfamilias uti legassit* (o *legaverit*); *super pecunia tutelabae suae rei, super pecuniae tutelaeve suae, super familia pecuniave sua, suae rei, de re sua, super familia pecunia tutelave suae rei.* — Questo, quanto agli autori antichi. Nelle varie ricostruzioni che poi si tentarono delle XII tav., la nostra legge è registrata come la 1ª della tav. Vª secondo il Gotofredo; la 1ª della IVª secondo il Voigt, la 3ª della Vª secondo il Dirksen, il Goodwin, lo Schoell. Il testo, ormai quasi da tutti accettato, è il seguente: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.* V. in proposito, oltre lo **Schoell,** il **Voigt,** *Die Zwölf Tafeln*, Leipzig, 1883; il **Dirksen,** *Uebersicht der bisherigen Versuche zur kritik und Herstellung der Zwölftafelfragmente*, Leipzig, 1824; e il **Goodwin,** *Le XII tav. dell' antica Roma*, (trad. Gaddi) Città di Castello, Lapi, 1887. Quest' ultimo aggiungerebbe soltanto, alle parole *pecunia* e *tutela* anche la parola *familia*.

(3) La data di compilazione delle XII tav. risulta dagli annalisti, essere il 303 di Roma, 451 A. C. — Però la compilazione non fu finita che nell' anno seguente. Cfr. **Livio,** III, 31; **Tacito,** *Annali*, III, 27. — V. anche **Gellio,** *Notti attiche*, XVI, 10 e XXII, 1; e **Cicerone,** *De oratore*, I, 43. Fra i moderni, V. **Chr. Gottl. Haubold,** *Tabulae chronologicae quibus hist. Iur. Rom. externa illustratur*, Lipsiae, 1790; **Goodwin,** op. cit., p. 6-7; **Cogliolo,** *Le fonti del Dir. Rom.*, Torino, Un. tip., 1885-7, Vol. II, p. 517.

Sarebbe forse stato opportuno e conveniente, restringermi in più augusti limiti, e lo avrei potuto fare, se non mi avesse tratto a più lungo discorso la bellezza e la difficoltà del tema, non ancora ampiamente trattato da alcuno, di scienza mia, in Italia.

Premetto subito che le mie brevi e modeste ricerche non tenderanno a far trionfare questo o quel sistema, ad accrescer verosimiglianza a questa o quella preconcetta teoria, ma puramente e semplicemente a giungere — se sia possibile — al riconoscimento della verità.

E dopo questa franca dichiarazione, vengo subito al nocciuolo — come si suol dire — della questione.

Anderei incontro ad una improba ed ingrata fatica davvero, se io volessi ricordare tutti gli scrittori, che all'assoluta libertà di testare nell'antico Diritto Romano, hanno creduto; e d'altronde tale immane fatica non sarebbe compensata davvero dai risultati che se ne otterrebbero.

Tuttavia, se debbo ritenere inopportuna una completa rassegna degli scrittori suddetti, non reputo però inutile di ricordare brevemente i più rinomati ed autorevoli fra i moltissimi che mi è occorso di consultare; e comincierò dai Giureconsulti Romani.

Gaio, uno dei più antichi e dei più autorevoli, in un sol punto de' suoi Commentarii ricorda la nota legge delle XII tavole, e dice: « Olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere, praeter quam inane nomen haeredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur ut quod quisque de re sua testatus esset id ratum haberetur, his verbis, uti legassit suae rei, ita ius esto » (4).

Pomponio, nel V lib. ad Quintum Mucium, scrive: « Verbis legis XII tabularum his, uti legassit suae rei, ita ius esto, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi et legata et libertatis dandi, tutelas quoque constituendi, sed id interpretatione coaugustatum est, vel legum vel auctoritate iura constituentium » (5).

Ulpiano, ne' frammenti, ricorda la legge tabulare a proposito della tutela, e dice: « Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur, eadem lege XII Tabularum his verbis: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto » (6).

(4) Comm. Instit. II, 224. Seguo l'accurata edizione del **Cogliolo** nelle « *Fonti* » citate, compilata sull'*Apografo* dello **Studemund.**

(5) L. 120 Dig. *De verb. signif.* L, XVI.

(6) *Tituli ex corpore Ulpiani*, XI, 14.

E nel libro II ad legem Iuliam et Papiam a proposito dell'eredità, scrive: « Lege obvenire hereditatem, non improprie quis dixerit, et eam quae ex testamento defertur, quia lege XII tabularum, testamentariae hereditates confirmantur » (7).

Giustiniano, finalmente, nelle Istituzioni, così si esprime: « Olim lege XII tab. libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare, quippe cum ea lege ita cautum esset, uti quisquam legassit suae rei, ita ius esto » (8).

In base a questi passi, ed a qualche altro che lascio nella penna, come meno assoluto e meno chiaro, i Commentatori non esitarono a dichiarare con rara unanimità che le XII tavole autorizzavano e decretavano in prò dei cittadini Romani, l'assoluta libertà di testare. E fare citazioni, sarebbe qui affatto inutile, poichè tutti si limitano alla nuda e cruda affermazione, neppur sognando che quanto essi affermano, possa da chicchessia mai esser revocata in dubbio.

Mi limiterò quindi a ricordare appena, e di volo, l'Heineccio (9), il Pothier (10), il Domat (11), l'Hubero (12) fra gli antichi, e fra i pandettisti moderni, il Vangerow (13) e il Windscheid (14), i quali tutti parlano della libera testamentifazione Romana in base alle XII tavole come di cosa certa.

(7) L. 130 D. *De verb. signif.*, L, XVI.

(8) *Inst. Proe. De lege Falcidia,* II, XXII. — V. inoltre: **Cicerone,** *De invent.*, II, 50, e *Auct ad Herenn.*, I, 13. — L. 4 Cod. *De liber. praeter.* ecc., VI, XXVIII, e *Auth. Coll.*, IV, I; Nov· XXII, Cap. 2.

(9) Cfr. *Antiquitatum Romanarum Syntagma*, Venezia, haeredes Balleonios, 1826, V. II, p. 80; e *De origine testamentifactionis, in Opusculorum Variorum Sylloge.* Venezia, ibid. V. II, p. 760.

(10) *Pandectae Iustinian. in nov. ord. digestae.* Napoli, Iannarius Mirelli. 1824, V. II, p. 603.

(11) *Le leggi civili disposte nel loro naturale ordine,* (trad.), Pavia, Bizzeni, 1826, V. VI, p. 350, e V. VII, p 84 nota 2.

(12) *Praelect. iur. civ.* Macerata, Viarchi e Grazzini, 1838, Vol. I, p. 265,

(13) *Lehrbuch der Pandekten*, 7ª ediz. Marburg u. Leipz. Elwert, 1876, 1° Cap., §. 467, Vol. II, pag. 215: « das älteste Zivilrecht gestattete eine völlig unbeschränkte Testirfreiheit ».

(14) *Lehrb. der Pand.* 5ª ediz. Stuttg. Ebner u. Schubert, 1879, §. 575, V. III, p. 137, n. 2: « Der Ausgangspunkt des Römischen Rechts, ist Anerkennung der unbedingten testirfähigkeit gewesen ».

Nè con minore sicurezza trovasi tale principio affermato, presso la grande maggioranza dei giuristi — filosofi e storici.

Il Vico nostro (15), nella prima e nella terza Scienza Nuova, suppone l'assoluta facoltà di testare concessa ai cittadini Romani dalle XII tavole, esser stata un effetto della « monarchica podestà ch'avevano avuto i padri nello stato di natura sopra le loro famiglie ».

Il Montesquieu (16) che pure intuisce benissimo il carattere aristocratico delle antiche leggi successorie Romane, non dubita poi affatto della loro larghezza nel concedere al padre di famiglia piena libertà di disposizione sulle cose sue, e giustifica tale larghezza, osservando che: « le père pouvant vendre ses enfants, il pouvait à plus forte raison les priver de ses biens ».

Il Filangieri (17), pur meravigliandosi di questa stana libertà, tenta trovarne la ragione nel fatto, che anche prima delle XII tavole, esisteva una specie d'alienazione della proprietà, destinata ad avere effetto solo dopo la morte dell'alienante, e colla quale riusciva facile eludere le severe leggi successorie (18). La legge decemvirale pertanto, concedendo la libertà di testare, non avrebbe fatto altro che costringere il padre di famiglia ad esercitare con tutte le garanzie d'una severa procedura, quella libertà di cui egli dapprima godeva senza alcun controllo.

Il Laboulaye (19) ripete l'argomento del Montesquieu, citando

(15) *Prima scienza nuova* (1725) cap. XLI del Libro III, *Proprietà* XI, *Terza scienza nuova* (1744) Cap. VI del Lib. II (nell'ediz. di Torino 1852, vol I, pag. 211).

(16) *Esprit des lois*, Lib. XXVII in principio.

(17) *Scienza della legislazione*, Lib. II, Cap. III. (Nell'ed. Silvestri di Milano, 1817, Vol. I, pag. 366 nota).

(18) Il **Filangieri** probabilmente intende alludere alla *Mancipatio familiae cum fiducia* di cui **Gaio** ci dà contezza ne' suoi *Commentarii* (II, 102-3) e cui accenna anche **Gellio** (*N. A.* XV, 27, 3); ma i più recenti ed autorevoli scrittori in materia, insegnano questa forma non esser stata adoperata che dai plebei *orbi di figli*. (Cfr. **Muirhead,** *Hist. introd. to the private law of Rome*, Edimbourgh, 1886, pag. 45 e 66; e **Carle,** *Orig. del Dir. Romano*, pag. 184-5 e nota, e pag. 504).

(19) *Hist. du dr. de propr. foncière en Occident*, Paris, Laboul. 1839. L. IV, C. IX, pag. 192. « Il pouvait tuer son fils, comment n'aurait-il pas eu le droit de le déshériter? »

in appoggio la nota legge di Paolo, che termina colle parole: « licet eos exheredare quos et occidere licebat (20).

E anche l'Hegel (21) non si perita a ricopiare le parole del celebre giurista-filosofo francese.

Il Gans (22) poi, il profondo storico e filosofo del diritto di successione, dal quale molto a malincuore ci discostiamo, il Gans non solo accetta senza discussione il testo letterale della legge tabulare, ma riesce a costruire, appoggiandosi al fatto della libertà, da essa legge sanzionata, tutto un sistema filosofico sullo svolgimento del Diritto successorio Romano, profondamente pensato, e con minutissima erudizione esposto e dimostrato.

Il Goodwin, il Carle, il Voigt, in più luoghi delle pregevoli loro opere sopra citate, accettano la medesima opinione come vera; e il Cuënot, per non citarne altri, pur respingendo la soluzione del Guérard (23) che vuole il diritto di testare esser stato imposto dai plebei vincitori nella loro lotta contro i patrizii, riconosce però che alla legge delle XII tavole, non può darsi interpretazione differente dalla letterale, percui conchiude che: « sans nous attacher davantage à espliquer l'introduction de la liberté de tester, dans la société Romaine nous nous bornerons à la constater » (24).

§. 3.

Confessiamo, per parte nostra, di non poterci acconciare ad una simile acquiescenza passiva. La sociologia e la Filosofia del Diritto e della Storia c'insegnano esser l'istituto della assoluta libertà di testare possibile soltanto in uno stadio assai avanzato di civiltà; i popoli primitivi non conobbero questo istituto mai, nè potevan conoscerlo, poichè esso richiede uno svolgimento della coscienza giuridica individuale, assolutamente inconcepibile nei primordi del viver civile. Non sapremmo pertanto perchè, nè come, i Romani avrebbero dovuto esser dalla sorte cotanto privilegiati, da precorrere con sì meraviglioso processo legislativo i tempi, attuando di punto in bianco una riforma, che oggi, dopo quasi due dozzine di

(20) L. 11 Dig. *De liberis et posth. hered. instit.* XXVIII, II.
(21) Op. cit. §. 180, pag. 241, e *Zusatz*, p. 244.
(22) Op. cit., loco cit.
(23) *Essai sur l'hist. du droit privé des Romains.*
(24) Cf. op. cit. Parte I. Introd. §. 8.

secoli dall'epoca della legge tabulare, appena si trova sanzionata presso i due popoli più civili del mondo: gli Inglesi e gli Americani.

C'è chi si studia di scemar l'assurdo, assicurando che i Romani non possono esser considerati alla stregua degli altri popoli del mondo, essendo, quando si costituirono in nazione autonoma sui sette colli, giunti già ad un certo grado di civiltà (25). Non discutiamo questo punto di storica erudizione, che richiederebbe qualche volume a sè, per esser convenientemente trattato (26). A

(25) Il **Carle**, nella più volte citata, pregevolissima sua Opera sulle origini del Dir. Rom. afferma (p. 2) «che al tempo della fondazione di Roma, le stirpi italiche Umbrosabelliche, Latine ed Etrusche, erano già pervenute ad un certo svolgimento di civiltà e di potenza». Non sappiamo quanto valore possa annettersi a questa nuda e cruda affermazione: ad ogni modo il Carle parlava senza dubbio in codesto punto, d'un grado di civiltà infinitamente inferiore a quello che sarebbe stato necessario per concepire l'assoluta libertà di testare.

(26) A chi bramasse farsi qualche idea chiara e precisa in proposito, consiglio la lettura dello stupendo lavoro del Pantaleoni; (Storia civile e costituzionale di Roma — Torino, Unione tipogr. 1881), lavoro che, non mi perito a dirlo, fa onore alla patria nostra; dimostrando che non solamente in Germania, come da molti si crede, vivono menti elette, capaci di scrivere sulle cose di Roma antica con genialità pari alla erudizione. Il Pantaleoni esaminando ad uno ad uno gli elementi che concorsero a costituire il Popolo Romano, riscontra nella tribù Tizia il carattere *patriarcale* (pag. 34) nella Ramnense un maggior svolgimento della individualità giuridica bensì (pag. 45), ma accompagnato dalla più profonda barbarie e rozzezza di costumi (p. 54 e 90); e solo nella plebe Latina, costituita nel primo suo nucleo dagli Aborigeni di cui Livio ci parla, un alto grado di civiltà (pag. 54) e una divisione politica topica, anzichè genica (pag. 89 e seg.). Taccio dell'elemento Etrusco, che fu per un momento solo predominante in Roma, e non avendo potuto fondersi cogli altri, non lasciò, si può dire, che traccie *materiali* della sua influenza nella città dei sette colli. Vedi in proposito **Pantaleoni,** Cap. I-IV del Lib. II e App. III. Della stessa opinione è il **Mommsen** come pure il **Lange** (*Hist. intér. de Rome*, trad. Berthelot et Didier, Paris, 1882) e il **Pelham** (*Encycl. Britannica*, 9ª ediz. Edimburgo 1886, vol. XX, pag. 731). Il **Bachofen** poi, arriva perfino a sostenere che gli elementi etruschi della plebe Romana, abitanti nel *vicus tuscus* sarebbersi trovati ancora sotto il regime del matriarcato (*Das Mutterrecht* p. 92). Il **Müller** invece (*Die Etrusker*) e il **Taddei** (*Roma e i suoi municipii*, Firenze, 1886 pag. 45 e seg.) attribuiscono all'elemento Etrusco grande importanza. Frattanto sta il fatto, che la vantata civiltà Romana non si sarebbe trovata, all'epoca delle XII tavole, che allo stato di reminiscenza storica nella mente della schiatta vinta ed oppressa; priva certamente, ne' tempi in cui parliamo, di ogni e qualsiasi influenza nello svolgimento della vita civile Romana.

noi basta far osservare come fra le disposizioni tabulari alcune ve ne siano di tal fatta, da escludere senz' altro qualunque idea di un' avanzata civiltà presso il popolo per il quale furono dettate.

Chiameremo noi civile una legislazione che ordinava la vendita o l' uccisione del debitore insolvente, e ne voleva dilaniato il corpo, per esser diviso — orribile a dirsi! — in parti eguali fra i creditori? (27).

Una legislazione che voleva arso vivo chi adoperasse le male arti della stregoneria a danno della messe altrui, o chi altrui offendesse con pubbliche canzoni in suo dispregio composte? (28).

Una legislazjone che permetteva alla moglie di liberarsi dall' autorità maritale, disertando per tre notti il talamo coniugale? (29).

Una legislazione, per non dirne altro, che ordinava l' uccisione dei bambini deformi? (30).

No! Le dodici tavole, per quel poco che ne conosciamo, troppe traccie contengono delle consuetudini e degli usi che caratterizzano

(27) I framm. 7 e 8 della tav. III (secondo l' ediz. Voigt) sono così concepiti: « Tertiis nundinis addicitor. Post deinde neci dato aut trans Tiberim peregre venum ito, transque dato ». « Si coheredes sunt, partis secanto; si plus minusve secuerunt, se fraude esto ». (Nell' ed. del Gotofredo questo frammento è il 9° della III[a] tav., in quella del Dirksen del Goodwin e dello Schoell, è il 6° della medesima tavola). I feticisti del Diritto Romano hanno sempre protestato contro la più semplice e ovvia interpretazione di questo frammento tentando confonderne il chiaro significato, con mille garbugli. Ad essi ci contenteremo di opporre l' autorità del Pantaleoni, che espone l' atroce disposizione, e la dichiara « fuor d' ogni dubbio provata » (pag. 230), e del Carle (p. 328 e 405), non sospetti, certamente, di spirito anti-romano, o di mancanza di acume critico.

(28) Il fr. 10, tav. VIII, secondo il **Voigt** dice: « Ne quis alienos fructus excantassit neve alienam segetem pellexerit. Qui malum carmen incantassit, verberatus igni necator ». Il **Gotofredo** (tav. VII fr. 3 e 14), il **Dirksen** (tav. VIII, 8 e 25) il **Goodwin** (tav. VIII fr. 8 e 25) e lo **Schoell** (tav. VIII fr. 7 e 1) fanno di questo frammento due parti, con significato distinto. Io ho preferito attenermi alla ricostruzione più recente e più autorevole.

(29) Il fr. 12 tav. IV è così ricostruito dal **Voigt**: « Si qua nollet in manum mariti convenire, quotannis trinoctio usum interficito ». Cf. **Gotofredo**, tav. VI, fr. 6. **Dirksen**, **Goodwin**, **Schoell**, fr. 4. La curiosa disposizione è chiaramente esposta e spiegata da **Gaio**. *Inst.*, I, 111.

(30) Di questa disposizione, per quanto mi consta, non si ha ricordo che in **Cicerone**, (*De Legib.* III, 8) « Cito necatus ex duodecim tabulis insignis ad deformitatem puer ».

le barbare età, perchè possano essere gabellate per il codice fondamentale di un popolo eminentemente civile!

Ogni epoca, nella storia legislativa dell' umanità, è contrassegnata da speciali caratteristiche, per via delle quali il filosofo, una dall' altra le distingue.

Poche leggi, ma largamente generali e comprensive: ecco la scienza legislativa. Moltissime leggi e meschinamente particolari e di ristretta applicazione: ecco il ripiego che una floscia ed accasciata civiltà suole inventare come rimedio alla incapacità de' suoi legislatori.

Pochissime leggi, e queste a volta a volta troppo generiche ed indeterminate, o scioccamente particolari ed inutili: ecco la caratteristica della primitiva, ingenua, ignorante e barbara legislazione. E tali sono appunto — vano sarebbe il negarlo — i caratteri salienti della legislazione decemvirale, svoltasi in una società che il Goodwin non esita a chiamar *primitiva* (31), e per opera di giuristi il cui criterio giuridico, secondo l'affermazione dello stesso Goodwin — ancora non era formato (32).

Bisogna adunque falsare la Storia, e disconoscere i più elementari principii della scienza della legislazione e della giuridica filosofia, per affermare che fra le leggi delle XII tavole una ne potesse esser compresa che accordasse al *paterfamilias* Romano, completa ed assoluta libertà di disporre delle proprie sostanze.

Nè da questa categorica affermazione ci può rimuovere la unanimità — da noi lealmente constatata ed esposta — dei giureconsulti Romani, nello accogliere e sostenere l' opposta sentenza.

Non bisogna dimenticare che — nell'epoca in cui i citati giureconsulti scrivevano, le XII tavole, per dirla col Carle, « cominciavano a celarsi in un' oscurità misteriosa ed arcana » (33); poche traccie ne rimanevano appena nella memoria del popolo, nè alcuno dei mentovati scrittori, ebbe acume critico e pazienza indagatrice che bastassero, per serbare almeno inalterata e pura la tradizione popolare.

Del che con acconcie parole li rimprovera lo Schoell, affermando che essi: « cum in iuris doctrina expolienda, summa cum certatione versarentur, incunabula iuris nihil morabant »....

(31) Cfr. op. cit. pag. 42.
(32) Cfr. op. cit. p. 43.
(33) Cfr. *La vita del diritto*... ecc. pag. 149.

« Hinc autem saepenumero accidit ut cum lege — cuius ferme non fit mentio nisi in iure etiamtum probato — id quod posteriore demum aetate ex interpretatione prudentium accessit, confundatur » (34). E di ciò l'egregio autore ci dà tanti e tali esempii, da lasciarci ampiamente persuasi e convinti della ignoranza storica veramente deplorevole di cui hanno dato prova, riguardo alle XII tavole, i giureconsulti Romani. Diguisachè non crediamo ci possa esser imputato a stramberia o ad eccesso di critica trasmodante, se rifiutiamo la testimonianza dei detti giureconsulti, in materia, in cui la più scrupolosa esattezza e coscienziosità nella critica storica, sarebbe indispensabilmente richiesta.

E tanto basterebbe aver dichiarato. Senonchè per contentare anche coloro che fossero curiosi di sapere in qual modo mai un equivoco sì straordinariamente grave avrebbe potuto esser ammesso negli scritti di tanti giuristi, azzarderò un'ipotesi che forse non è del tutto priva di qualche probabilità.

Ricorderò, a chi non lo avesse a mente, che la legge Falcidia emanata l'anno di Roma 714, avanti Cristo 40, cominciava colle seguenti parole: « Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto ». E proseguiva nel secondo capo: « Quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantum cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto ». E solo dopo un tale preambolo, si comincia a parlare della limitazione imposta all'assoluto diritto di testare, colle parole: « Dum ita detur legatum. Ne nimis quam partem quartam... ecc. » (35).

Ora io domando: Sarebb' egli assolutamente fuor di luogo supporre che anche nella legge Decemvirale al preambolo « Paterfamilias uti legassit... ecc. » facesse seguito una qualche limitazione, tale da modificare assolutamente il senso del preambolo stesso; limitazione non rilevata, forse, per trascuranza, dai primi giuristi che incominciarono a scrivere in materia, e rimasta di poi sconosciuta per l'ignoranza innegabile dei successivi scrittori di giuridiche discipline? Non voglio dare, lo ripeto, a quest'ipotesi maggior peso che non le si convenga, ma non mi sembra che essa sia al tutto indegna d'esser presa in considerazione, specialmente in

(34) Cfr. op. cit. pag. 11-13, e p. 50 e seg.
(35) Cfr. **Cogliolo**, « Fonti » citate V. II°, p. 520.

vista della povertà ed incertezza delle notizie storiche a noi pervenute circa l'argomento in discorso: povertà ed incertezza che legittimano in certo modo ogni più strana argomentazione.

Checchè ne sia, del resto, ripeto anche una volta che la tarda e monca testimonianza de' Romani giureconsulti circa la legge delle XII tav. più volte citata, non può in alcun modo indurmi a negar fede alle risultanze, molto più rispettabili, della critica storica, e della giuridica filosofia.

Nè maggior peso potrei attribuire alla esposta opinione degli scrittori più addietro rammentati, tutti quanti all' assunto mio recisamente contrarii.

Dovrei forse commuovermi per la considerazione che il Montesquieu rubò a Paolo, e che il Laboulaye e l' Hegel, e chissà quanti altri ancora, fedelmente poi ricopiarono dal Montesquieu?

Speciosa considerazione, nol nego, ma puerile e priva d' ogni significato, per chi non del tutto superficialmente la prenda in esame.

Tutte quante le antiche legislazioni — lo sanno ormai anche i bambini — riconobbero al padre un potere grandissimo sugli altri membri della famiglia, ma nessuna — e nulla v' ha di più naturale — riconobbe la necessità di connettere un tal potere colla libertà assoluta di testare. La potestà del padre doveva infatti esser intesa unicamente a mantenere unita la compagine famigliare, ed a reprimere ogni inopportuna idea di disgregamento, di dissoluzione. Come adunque potevasi concepire compreso in essa il diritto di attuare quella dissoluzione medesima contro la quale era precipuo suo ufficio di resistere?

Non è egli quindi veramente ingenuo e puerile, voler sostenere la necessità di una intima relazione fra il diritto di uccidere i figliuoli, e quello di diseredarli?

E sfatata questa parvenza d' un argomento, dove trovarne altri migliori?

Non io discuterò le numerose e splendide pagine del Gans. In esse l' assoluto diritto di testare secondo le XII tavole, apparisce come un dato di fatto indiscutibile in base al quale il venerando scrittore tratteggia lo svolgimento del diritto successorio di Roma, in un quadro di smagliante bellezza.

Ma quando quel quadro egli andava svolgendo, il profondissimo storico dal quale non senza grande trepidazione — lo ripeto — osai qui discostarmi, trovavasi ancora sotto l' influsso incontrastato

della scuola e del metodo Hegeliani; scuola e metodo che, avendo per base l'esclusivo processo logico dal generale al particolare (o, per meglio dire, dall'idea preconcetta alle sue esplicazioni ed applicazioni più o meno cervellotiche) dovevan condurre, come condussero e conducono purtroppo tuttora, ingegni elettissimi ai più deplorevoli errori: checchè ne dica Vincenzo Gioberti, di quell'infelicissimo metodo, ardito e ingegnoso difensore.

L'errore di esso metodo è talmente evidente a chi anche con affrettato sguardo scorra le opere voluminose dell'antico teologo di Tübingen, e la scienza moderna lo ha così luminosamente posto in evidenza, che sarebbe vano lo intrattenersi qui a criticarlo minutamente.

Basti ricordare che lo stesso Edoardo Gans, nel IV volume dell'opera sua magistrale, ebbe espressamente a ricredersi circa il suo violento entusiasmo d'una volta, per la scuola Hegeliana, e a ciò si deve l'immensa differenza di sostanza e di forma che intercede fra la prima e la seconda metà dell'opera stessa.

Chiudasi pertanto con ciò, questa, già troppo lunga digressione, e torniamo in argomento.

Sfatate le considerazioni speciose, respinte le deduzioni illegittime, per quanto smaglianti, di una mente eletta, che cosa rimane, più che la nuda e cruda affermazione?

È questo lo spediente a cui ricorrono i più, ed anche il Carle nostro, eruditissimo per vero e geniale, poco più che la semplice e pura affermazione ci offre (36).

Senonchè, coscienziosamente e senza preconcetto studiando le antiche istituzioni de' nostri primissimi padri, egli più volte è tratto dall'evidenza delle cose a cadere seco stesso in qualche contraddizione, che è sommamente opportuno ed utile rilevare.

Il Carle ritiene, in sostanza, che il libero testamento, praticato dalla plebe anche prima della istituzione delle XII tavole, per mezzo della forma *fiduciaria*, sia sorto come una reazione contro le arcaiche forme gentilizie in cui ancora ostinatamente, perdurava il patriziato; e che esso, conseguentemente, sia stato ai patrizii imposto dalla plebe all'epoca della legislazione decemvirale (37). E bene starebbe, se questa legislazione apparisse davvero come un trionfo dei principii liberali e democratici che, secondo la gran-

(36) Cfr, *Origini*... ecc. p. 268-9, 405 e 507.
(37) **Carle,** op. cit. pag. 190 e 504 e seg.

dissima maggioranza degli scrittori, furono speciale retaggio della plebe Romana, fin dalle sue origini. Ma dove è la libertà, dove la democrazia, dove l'*equità plebea* nelle XII tavole? Se con esse il rapporto di gentilità comincia a dissolversi e i patrizii si ordinano a *famiglie*, anzichè a *genti*, la pesante cappa dell'agnazione viene però in pari tempo imposta ai plebei, i quali, nonchè imporre altrui i proprii principii di libertà, sono costretti a lasciarsi impastoiare nelle forme aristocratiche, per poter acquistare qualche diritto politico (38).

Anzi, c'è stato persino chi s'è azzardato ad affermare, che il rapporto d'agnazione non ha uno svolgimento storico suo proprio e naturale, ma che è stato invece una spiritosa invenzione de' patrizii per ridurre i plebei sotto la ferula delle aristocratiche istituzioni (39).

E tutto ciò non ignora per certo il Carle il quale scrive che la legislazione decemvirale « continuò l'opera già iniziata, di estendere anche alla plebe l'ordinamento giuridico della famiglia patriarcale. Essa infatti riconobbe la coabitazione non interrotta per un anno, come un mezzo che poteva servire alla plebe per attribuire alle proprie unioni il carattere quiritario, e rese comune eziandio alla plebe quel sistema di successione legittima che era proprio dell'organizzazione gentilizia » (40). Osservazione giustissima senza dubbio, ed acuta: ribadita in varii altri luoghi e posta viemmeglio in evidenza, dall'esimio scrittore (41); ma osservazione che evidentemente si trova in singolare ed inconciliabile contrasto colla ipotesi d'uno assoluto ed incondizionato diritto di testare, imposto dalla plebe al patriziato.

E, del resto, dove sono le caratteristiche del diritto plebeo, che legittimar possano una tale ipotesi? « Tutte le istituzioni — scrive il Carle stesso — che non presuppongono una lunga preparazione anteriore, che non hanno una storia nel passato, ma che trovano direttamente la propria radice nelle tendenze naturali dell'uomo, e nei bisogni immediati di una comunanza che è soltanto in via di formazione... debbono essere ritenute d'origine plebea » (42).

(38) Cfr. **Pantaleoni,** op. cit. Cap. III del Lib. IV.
(39) Cfr. **Muirhead,** *Historic. Introd.* pag. 24 e seg.
(40) *Origini...* ecc. p. 519.
(41) Ibid. p. 189, 349, 413, 515, 518 in nota, 544.
(42) Op. cit. pag. 187.

Ora si può egli sostenere sul serio che il libero testamento possa sorgere spontaneo presso un popolo, senza lunga preparazione anteriore? Si può sostenere ch'esso rispondesse alle tendenze naturali ed ai bisogni immediati della società di quel tempo? — O non afferma piuttosto la sapienza storica per bocca del Carle medesimo, che siccome gli unici rapporti per cui poteva tra patrizii e plebei avverarsi un ravvicinamento « eran quelli relativi alla famiglia unificata sotto il proprio capo, e alla proprietà spettante alla famiglia stessa, così il *ius quiritium* comune ai due ordini cominciò a consolidarsi nella parte relativa alle due istituzioni fondamentali della proprietà e della famiglia? » (43). Dunque i rapporti famigliari presso i plebei non differivano gran fatto da quelli che presso i patrizii erano praticati; tanto è vero che se un *iudicium de moribus* esisteva in seno alle *gentes* patrizie per impedire la dispersione del patrimonio familiare (44), non doveva esso neppure esser ignoto alla plebe, e il diritto quiritario rese comune l'istituzione ai due ordini (45) colla legge delle dodici tavole: « Qui sibi heredium nequitia sua disperdit, liberosque suos ad egestatem perducit, ea re commercioque praetor interdicito. In adgnatum gentiliumque curatione esto » (46).

Più si penetra adunque nell'intima natura del diritto quiritario, più si scorge che il libero testamento costituirebbe nel corpo di esso diritto una inesplicabile anomalia. Anomalia di sostanza — e lo abbiam visto — perchè non v'è appiglio negli elementi costitutivi del diritto stesso, a cui si possa riconnettere l'origine d'un tale istituto: anomalia di forma, perchè il testamento, in codesti primissimi tempi della Storia Romana si presenta sempre come sottoposto ad una procedura così ricca di cautele, così antiliberale, da allontanare quanto mai l'idea di una incontrollata disposizione de' suoi averi per parte del cittadino Romano.

E il Carle che aveva dichiarato con molta opportunità, come si debba ritenere di provenienza plebea « tutto ciò che trova origine nel semplice *usus*, nella semplice *possessio*, nel *fatto* più che

(43) Op. cit. pag. 413.

(44) Ibid. pag. 74-5.

(45) Ibid. pag, 450, 520.

(46) Op. cit. del **Voigt,** Fr. 25 della tavola VI. Non trovo nelle altre ricostruzioni da me cit. questa legge. Il **Goodwin** però vi accenna a pag. 25 del suo lavoro.

nel diritto, e non è avvolto ancora in forme solenni e tradizionali » (47), non poteva a meno di rilevare l'anomalia. Riconosce egli infatti il « carattere singolare e pressocchè contraddittorio del diritto primitivo Romano, il quale, mentre da una parte dà al quirite il più illimitato arbitrio di disporre delle proprie cose per testamento, dall'altra vuole che i testamenti, le *adrogationes*, e simili atti che pur riguardano interessi privati, sieno compiuti in cospetto dell'intiero popolo, e li ritiene come relativi ad argomenti di diritto pubblico » (48). Circostanza singolare davvero ed al tutto incomprensibile, se corrispondesse effettivamente allo stato reale delle cose; nè basterebbe a spiegarlo l'ingegnosa ipotesi escogitata dal Carle stesso, che, cioè, i *comitia calata* non avessero più a considerarsi, dopo la emanazione delle dodici tavole, che come un rudere dell'età gentilizia, conservato in vigore non allo scopo di far approvare dal popolo il testamento, ma solo allo scopo di fargli prestare testimonianza, come poco dopo la prestarono, per esso, i sette testimoni dell' atto *per aes et libram*. Curiosa supposizione davvero, quella d' un popolo (e un popolo come il Romano!) che s'adatta a far da teste passivo in un testamento! — Ma che cosa non si è costretti ad ammettere e ad escogitare, quando si vuol puntellare ad ogni costo una falsa supposizione impossibile a sostenersi con argomenti serii e concludenti?

§. 4.

E basti, ormai, in proposito, il fin quì detto, altrimenti avverrà che la critica delle altrui opinioni, riuscirà in questa trattazione, ad assorbire l'esposizione dei pensamenti di chi scrive.

Conchiudasi pertanto non esser possibile considerare la legislazione delle XII tavole, almeno nella parte che riguarda il diritto di successione, come un portato della vittoria dei plebei, poichè essa reca invece — in quella parte specialmente — l'impronta evidente del più schietto carattere aristocratico. Nè dall'indole delle istituzioni e costumanze plebee potersi desumere la legittima origine del libero testamento, essendo esse all'incontro ispirate piuttosto ai principii patriarcali e di comproprietà domestica. Difficile d'altronde, e quasi impossibile potersi spiegare tanto desi-

(47) Op. cit. pag. 195.
(48) Ibid. p. 268-9.

derio di libera disposizione delle proprie sostanze, in una classe di persone quasi al tutto sfornite di beni di fortuna (49). Inconcepibile per ultimo, e inamissibile al tutto, che un istituto, il quale la sociologia e la filosofia della storia ci dimostrano esser proprio della più avanzata civiltà, abbia potuto sorgere spontaneamente presso un popolo cui rimaneva ancora un così lungo cammino da percorrere nella via delle civili istituzioni.

Sembra a noi per conseguenza, logica in sommo grado, e pienamente accettabile, l'opinione del Gabba (50), il quale, con argomenti tratti dalla filosofia della Storia, piuttosto che da una minuta erudizione, in questa materia necessariamente incerta e vacillante, dimostra non aver potuto l'arbitrio concesso al *paterfamilias* dalle XII tavole, eccedere la cerchia famigliare. A lui, insomma, era fatto facoltà dalla legge di distribuire *fra i membri della famiglia* le sue sostanze, in quella misura e secondo quei criterii ch'egli poteva stimare più giusti e più corrispondenti ai bisogni di ciascun individuo.

Che la disposizione — anche ridotta a queste proporzioni — abbia la sua importanza, nessuno potrebbe negare con fondamento. Niuno può dirci con sicurezza quale fosse il sistema successorio vigente prima della legislazione tabulare, e nulla pertanto si oppone alla legittima ipotesi che la primogenitura — sistema primitivo ed aristocratico per eccellenza — fosse consacrata dai costumi e dalle leggi, e imposta dal Consiglio gentilizio, dal *Iudicium de moribus* (51).

(49) V. circa lo stato miserando delle finanze plebee il **Pantaleoni**, op. cit., pag. 329.

(50) *Essai sur la veritable origine du droit de success.* Bruxelles, 1858, pag. 48.

(51) L'ipotesi è rigettata dal **Carle** altrettanto recisamente, quanto poco fondatamente. Scrive egli a pag. 86 della citata sua opera « è certo incontestabile (?) che la successione, quale compare nei primi tempi di Roma e quale esisteva anteriormente, non ammetteva nè distinzione di primogenitura nè distinzione di sesso quanto alle persone ch'erano chiamate a succedere; ma si può anche esser certi che il costume dovette certamente dirigersi costantemente, se non a favorire il primogenito, almeno ad impedire che si venisse alla divisione del patrimonio ». Ma di fronte a questa affermazione non documentata, abbiamo gli studi accurati del Goettling, che conchiuderebbe all'opposta sentenza: ed anche il Pantaleoni nostro, nel ricordarli (Cfr. op. cit. 275 e 358) non li reputa affatto privi di qualche serio fondamento storico e critico.

Ed in tal caso il disposto tabulare, inteso come una reazione contro un tal sistema, in omaggio al principio della più assoluta autorità del padre di famiglia, conserverebbe un altissimo significato sociale e giuridico, senza rivestire il carattere di assurdità Storico-filosofica, che manifestamente gli è inerente, ove si adotti la interpretazione comune. E tanto maggior aspetto di verità acquista l'esposta ipotesi, quando si consideri che secondo le più autorevoli e le più recenti ricerche in materia, colla legislazione delle XII tavole andava rompendosi e dissolvendosi il rapporto di gentilità, e il rigido e duro elemento quiritario, prendeva il sopravvento, nella formazione del Romano Diritto. Nulla di più naturale pertanto, che ad una forma puramente patriarcale di successione, una ne venisse sostituita, nella quale la personale autorità del *pater familias*, maggior campo avesse, di efficacemente manifestarsi entro i limiti, ben s'intende, della cerchia famigliare.

Entro questi limiti la legge: « uti legassit » non solo è senza dubbio ammissibile, ma apparisce conforme allo spirito dell'epoca, in cui — per quanto dalle testimonianze storiche risulta — essa andò in vigore.

Quando adunque Pomponio, dopo aver esposto il largo e liberalissimo significato del disposto tabulare, soggiunge: « sed id interpretazione coangustatum est, vel legum vel auctoritate iura constituentium » (52) io credo che queste sue parole non ad un tempo posteriore debbano riferirsi, come si ritiene generalmente, ma al tempo stesso in cui le XII tav. vennero alla luce.

Ed in tale opinione mi conferma l'espressione ben nota, riferitaci da Gaio, della formula relativa all'atto *per aes et libram* applicato al testamento.

Dice la formula: « Familia pecuniaque tua, endo mandatelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra, esto mihi empta » (53).

Ora è ben vero che il Carle si è rifiutato a riconoscere nel testamento *per aes et libram* una derivazione da quello *in calatis comitiis*, e nei testimonii che presiedevano all'atto stesso, una specie di rappresentanza, dei cittadini radunati ne' comizi ca-

(52) L. 120. Dig. de Verb. signif. L,XVI.
(53) **Gaio,** Com. II, 104.

lati: (54) ma contro la sua affermazione, al solito non sufficientemente corroborata con solidi argomenti, sta l'evidenza dei fatti, stanno le conclusioni del diligentissimo Cuq (55), e sta lo svolgimento più ovvio e naturale delle cose.

Non possiamo adunque astenerci dal credere che le parole *secundum legem publicam* significassero una limitazione alla assoluta libertà di disporre, del testatore; e che i cinque testimoni chiamati a presenziare l'atto *per aes et libram*, oltre che una garanzia per l'esatto adempimento della volontà di chi testava, dovessero rappresentare una protezione di quei principii di diritto pubblico, che si opponevano all'assoluta esplicazione della libertà individuale, nel testamento.

§. 5.

Del resto, l'idea che il testamento Romano secondo le XII tavole, dovesse rimaner ristretto entro i limiti della cerchia famigliare, se non è stata sin qui ampiamente svolta da alcuno, di scienza nostra, è però stata intraveduta ed accennata da non pochi. Già il Vico nostro, che pure nella « Scienza Nuova » come più dietro abbiam visto, ritiene per certa e provata la libertà di testare presso i Romani al tempo della legislazione tabulare, già il Vico stesso, nella « costanza del Giurisprudente » (56) scrive: « Atque hoc liberrimo testandi genere *patresfamiliarum* usos esse tempore obscuro necesse est, qui unum mallent quam alterum, vel unum maxime ex omnibus filiis, *nulla spectata sorte nascendi*, vellent suam habere hereditatem: quam libertatem integram testatoribus permisere Romani » (57).

Le quali parole evidentemente sono una luminosa illustrazione del modo in cui il Vico intendeva quella Romana libertà di testare alla quale sì spesso accenna nelle opere sue meravigliose. Dopo di lui, non trovo fra i vecchi, chi ne riprendesse e seguitasse l'idea.

Fra i moderni, ricorderò pel primo il Gabba (58) che breve-

(54) **Carle,** op. cit. pag. 510, n. 2.

(55) Recherches hist. sur le testam. *per aes et libram*. In « Nouvelle Revue historique ». Anno 1886 pag. 536. V. anche **Muirhead**, op. cit. 66 e 167.

(56) Opera venuta alla luce nel 1721.

(57) Op. cit. Parte II.ª Cap. XX, Sezione dei Testamenti. Nell'ediz. Perrone di Napoli, 1861, pag. 212.

(58) Op. cit. pag. 48.

mente ma succosamente illustra il principio che fin quì mi sono studiato di sostenere; e dopo di lui, e dietro di lui il Taddei, (59) e il d'Aguanno (60).

Merita poi speciale menzione il geniale ed eruditissimo Pantaleoni, il quale ha strenuamente combattuto la prevalente ipotesi del liberissimo testamento tabulare, osservando che « noi troveremmo quì ad un tratto che la istituzione testamentaria avrebbe progredito e proceduto a salto, ciò che è contro alla natura delle cose, e sopratutto d'istituzioni le quali si modificano alla stregua dei cambiamenti della proprietà » (61).

Ritiene egli pertanto che la legge tabulare, dando al *paterfamilias* la libertà di testare *super pecunia*, non intendesse con questa parola che i *beni mobili*, lasciando intatto il patrimonio immobiliare, l'*heredium*, poichè questo designavasi, in quel tempo, col nome di *familia* (62).

E conchiude quindi affermando « che le leggi delle XII tavole facilitarono il testamento, togliendo l'obbligo della orale notizia da darsi ai comizii calati; che con ciò esse resero possibile quel cambiamento che i testamenti in seguito assunsero, divenendo scritti, revocabili e secreti, che esse non cambiarono però l'indole della proprietà, e che non attribuirono, come di ragione, la facoltà di

(59) *Storia, legislazione e filosofia del Diritto di famiglia.* Roma, Perino, 1885, pag. 200-201.

(60) Cfr. *Origini del diritto di successione.* In **Morselli**, *Rivista di filosofia scientifica.* Annata VII.ª (1888) pag. 569.

(61) Op. cit. pag. 355.

(62) Mi è d'uopo ricordare qui, come alcuni dei testi più addietro da me citati rechino realmente la parola *familia* insieme alla parola *pecunia*; ma essi non sono i più antichi, nè i più autorevoli, e fra i moderni scrittori, il solo Goodwin ha conservato questa parola, nella sua ricostruzione. Ritengo pertanto che il Pantaleoni debba, con ragione, aver considerato tale vocabolo come interpolato da autori più lontani dall'epoca originaria del Diritto Romano, e più ignoranti. Molto meno attendibile invece mi sembra l'osservazione del Pantaleoni circa l'espressione « Uti legassit » la quale egli reputa esser stata intesa sempre per un legato, non mai per un testamento. Affermazione inesatta, codesta, poichè come benissimo dice il **Pothier** (op. cit. Vol. IV, pag. 674). « Verbum legassit omnia complectitur quaecumque testator verbis directis ac legitimis testamento suo ascribit; heredum institutiones, substitutiones, legata, libertates, tutelas. Idem enim est *ac legem tulerit* » Vedi anche L. 87 Dig. De legatis et fideicom. XXXII e **Ulp.** Frag. tit. XXIV, De legatis 1.

disporre che del capitale libero e della proprietà veramente individuale, e ciò tanto pei plebei quanto pei patrizii » (63).

Checchè ne sia adunque del vero significato della legge tabulare, sia che abbia sanzionato soltanto la libertà di disporre delle cose mobili, sia che abbia — come noi crediamo — dato pieno arbitrio al *paterfamilias* di regolare la successione *entro i limiti della cerchia famigliare* rimane però sempre inconcusso per noi il fatto, ch' essa non turbò il regolare svolgimento del Diritto successorio presso il popolo Romano.

E a questa conclusione ci sembra strano non sia venuto anche il Carle il quale pure a coloro che una fantastica origine della proprietà Romana andavano escogitando, seppe così opportunamente rispondere « non poter ammettersi che la proprietà in Roma si sia potuta sottrarre a quella evoluzione storica che sarebbesi avverata presso tutti i popoli, inquantochè Roma avrebbe esordito con un concetto della proprietà che presso gli altri popoli non si rinviene che quando essi sono pervenuti al termine della loro evoluzione » (64). Il che se è indiscutibilmente vero riguardo al diritto di proprietà, non sapremmo spiegarci il perchè non dovrebbe esserlo, parimente rispetto al diritto di successione.

§. 6.

Quale poi fosse la forma di questo, qualsivoglia, testamento tabulare, non è facil cosa il definirlo.

Non certo l' antica forma del *testamentum calatis comitiis* che sarebbesi, in pratica, manifestata del tutto insufficiente, ed eccessivamente incomoda. Non radunavansi infatti i comizii, come è ben noto, che due sole volte all' anno: ed estendendosi la pratica del testamento, era impossibile che a tutti i casi si provvedesse, con quelle due singole adunanze.

Nè basta ad eliminar l' assurdo, l' ipotesi, già da noi ricordata, del Carle, che in quelle adunanze il popolo non intervenisse

(63) Op. cit. pag. 357.

(64) Op. cit. pag. 61. Altrove poi, l' egregio scrittore aggiunge che « Il Diritto di Roma non si formò ad un tratto, ma venne svolgendosi gradatamente a misura che le esigenze della vita civile fecero sentire il bisogno del suo riconoscimento ». Cfr. op. cit. pag. 223. Domando se, fra queste osservazioni, ed il riconoscimento dell' assoluta libertà di testare secondo le XII tav. non v' è patente contraddizione?

che per prestare testimonianza; ipotesi che evidentemente combatte l'assurdo, con un assurdo anco maggiore (65); piuttosto è da ritenersi che tale forma primitiva non abbia avuto vigore se non nell'epoca in cui non praticavasi il testamento che in mancanza di figli; caso piuttosto raro, al quale potevasi certamente provvedere ad esuberanza colle scarse adunanze sovraccennate.

Neppure per altro mi sembra attendibile l'opinione del Pothier, che la forma *per aes et libram* fosse inventata a bella posta dai giureconsulti, per facilitare l'estrinsecazione della libertà di testare, concessa dalle XII tavole (66).

Ritengo piuttosto che la forma suddetta, già conosciuta, e praticata in altri negozii giuridici, fosse in quell'epoca applicata anche al testamento, sostituendosi i cinque testimonî, di cui Gaio ci parla, al popolo tutto, radunato nei comizî. In questa guisa, la forma primitiva, aristocratica, del diritto successorio, veniva a fondersi colla forma plebea della *mancipatio familiae cum fiducia*, per la quale il *pater familias* plebeo, orbo di prole, alienava, durante vita, le proprie sostanze ad un amico, perchè questi, dopo la sua morte, ne disponesse secondo la sua volontà (67).

Coll'atto *per aes et libram* invece, la vendita non conservava più che il valore di una semplice formalità, ritenuta quasi come reminiscenza storica, e l'erede veniva direttamente designato ed incaricato della distribuzione dei legati (68).

(65) D'altronde, dice benissimo l'**Heineccio**: « Quumque cives iam suo arbitrio possent de bonis disponere, quis, quaeso, adeo desipuisset, ut mallet in comitiis calatis, auctore populo, collegiisque pontificum, testari? Ergo tum demum videntur testamenta proprie sic dicta, exemplo iuris Attici, invaluisse ». Cfr. *Antiquitat. Roman. Syntagma.* cit. pag. 80-81.

(66) « Comitia autum testamentorum condendorum causa minus frequentari et sensim exolevisse dudum ante debuerant; ex quo scilicet, latissima testand facultate per legem XII tabularum unicuique concessa, Iurisconsulti qui legis actiones componebant . . . . *invenerunt ipsi* et ritum testandi solemnem, cuius ope non amplius necesse haberent cives expectare tempus comitiorum. Hic modus dictus est *per aes et libram* ». Op. cit. Vol. II, pag. 603.

(67) Cfr. **Gaio,** Comment. II, 103 « . . . . namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet . . . ».

(68) Id. loc. cit. « . . . nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia, propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur ».

Tale lo svolgimento del diritto di successione nell' antichissimo diritto Romano; nel quale argomento se alquanto più del necessario abbiamo indugiato, confidiamo però almeno esser riusciti a persuadere chi legge, che la legislazione delle XII tavole non segnò quella rivoluzione immensa nel campo della storia e della Filosofia del Diritto, che la maggioranza degli scrittori ha voluto leggervi per un pezzo; e che anche presso il popolo più geniale, e più fecondo nella esplicazione de' civili istituti di tutto il mondo antico, le origini non furono, come non potevano essere, troppo diverse da quelle che presso gli altri popoli la Scienza storica ha potuto riscontrare.

§. 7.

Ma le cose si presentano sotto un aspetto affatto diverso, nel successivo svolgersi della Storia Romana (69).

Abbiamo visto come nel *testamentum per aes et libram*, fossero venute a fondersi la forma successoria aristocratica, e la plebea.

Ora avvenne dopo qualche tempo che, sostituite alla designazione verbale dell' erede e delle altre disposizioni testamentarie, le *tabulae scriptae* (70), e ridotta la funzione dei testimonii ad una semplice formalità, la libertà grande in questa guisa concessa al testatore, degenerasse, pel naturale svolgimento delle cose, in licenza; e tante disposizioni a titolo particolare si cominciassero a scrivere nelle suddette *tabulae testamenti*, da ridurre l' erede pressochè in condizione di un semplice esecutore testamentario.

Per provvedere contro questo abuso, il legislatore Romano, circa l'anno 570 di Roma (185 a. C.) (71) emanò la legge Furia,

(69) Cfr. **Gans,** op. cit. vol. II, pag. 75-136; **Gabba,** op. cit. pag. 49-57; **Cuënot,** op. cit. pag. 5-21.

(70) . . . deinde testator, tabulas testamenti teneus, ita dicit: Haec ita ut in his tabulis cerisve scripta sunt ita do ita lego, ita testor, itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. **Gai,** Comm. II, 104. Cfr. anche **Giust.** *Inst.* de Testamentis ordinandis II, X, §. 1 e seg.

(71) Per la cronologia delle leggi Romane. V. le cit. op. dell' **Haubold** e del **Cogliolo.**

per la quale era vietato erogare a mezzo di legato, più di mille assi. A questo proposito non è inopportuno ricordare:

1.° che, dovendosi ritenere l'anno 304 di Roma (a. C. 450) come quello in cui la legislazione tabulare fu emanata, sarebbero scorsi, pei sostenitori dell'assoluta libertà di testare secondo la detta legislazione, più che due secoli e mezzo, prima che gl'inconvenienti della libertà stessa si facessero sentire!

2.° Che la legge Furia fu proposta da un tibuno della plebe, C. Furius Aculeo; il che singolarmente contrasta coll'opinione di coloro i quali reputano che la libertà di testare fosse stata il resultato più ambito, della vittoria de' plebei sui patrizi.

Un' altro tribuno della plebe, T. Voconius Saxa, fece poco stante (72) approvare una nuova legge, la legge Voconia, colla quale vietavasi di lasciare a qualsivoglia legatario, una somma maggiore di quella che sarebbe rimasta all'erede principale (73). La qual legge essendosi parimente manifestata insufficiente, ne fu proposta nel 714 di Roma (a. C. 40) dal tribuno Falcidio una terza, la Falcidia, per la quale non era fatta facoltà al testatore di erogare in legati, più dei tre quarti del patrimonio, di guisa chè un quarto rimanesse sempre assicurato all'erede (74).

Tutte queste limitazioni, introdotte successivamente per opera dei tribuni della plebe, dimostrano chiaramente che la libertà di disporre per testamento, andava a poco a poco svolgendosi ed affermandosi nei costumi del popolo Romano, senza distinzione fra patriziato e plebe, il che distrugge la curiosa teoria del Bergmann, secondo la quale il *testamentum per aes et libram* sarebbe stata una formalità inventata dai patrizii per restringer la soverchia libertà di testare introdotta dalla legislazione delle dodici tavole! (75).

Nè più attendibile si manifesta la contraria opinione dello Schrader, il quale, ritenendo il testamento *per aes et libram* d'origine plebea, crede però che esso si sia svolto parallelamente al liberissimo testamento tabulare per forza di consuetudine (76).

(72) L'anno di Roma 585. A. C. 169.

(73) Cfr. in proposito **Gai**, Comm. II, 226; **Dio. Cass.** L. VI, 10; **Paolo**, *Sent. Recept.* IV, 8, 22; **Gellio**, *Noct. Att.* VII, 13, XVII, 6, XX, 1; **Giustin**. *Inst.* II, XXII, proe.

(74) Cfr. **Gai.** Comm. II, 227, L. 1, Dig. Ad. leg. Falc. XXXV, II; **Giustin**. *Inst.* II, XXII, **Paul**, *Rec. Sent.* III, 8, **Ulp.** *Reg.* XXIV, 32.

(75) Cfr. *De numero testium in testamentis*, §. 5 e 6.

(76) Cfr. **Hugo** *Civ. Magazin*, V, 156.

Al che ognuno facilmente risponde che non è concepibile il perdurare di una forma più incomoda e complicata, di fronte ad una più libera e spiccia, e che per conseguenza la persistenza di questa forma di testamento nel Diritto Romano posteriore alle XII tavole, è una valida conferma della nostra ipotesi, che il testamento tabulare in essa unicamente siasi incarnato, e che la legge « uti legassit » non abbia avuto mai il significato largo ed esteso che dalla grande maggioranza degli scrittori le si volle attribuire.

Fu adunque secondo noi per mezzo del testamento *per aes et libram* che l' assoluta libertà di testare abusivamente e subreptiziamente s' introdusse nella pratica delle disposizioni di ultima volontà, in Roma. E quando la consuetudine divenne tanto potente da rompere persino le tradizioni del ferreo diritto famigliare, quando l' uso dei legati esaurienti quasi tutto il patrimonio ereditario si estese dal testamento extrafamigliare al testamento intrafamiliare, allora furono necessarie, e la legge che imponeva la diseredazione espressa dell' *heres suus*, e la *quaerela inofficiosi testamenti*.

Ma a tanto non si giunse col solo testamento *per aes et libram*. Un altro istituto aveva continuato a serpeggiare, nella consuetudine Romana, e si era a poco a poco elevato, robustissimo tronco, dalle umili radici della *fiducia* plebea, non picciol contributo recando allo svolgersi della più ampia libertà, di disporre per testamento. Tale istituto era il fedecommesso.

Il persistere di questo giuridico istituto fino a tardissima età, e il favore grandissimo che esso incontrò sempre presso il popolo Romano (77), sono una nuova e valida conferma della nostra opinione che la libertà assoluta di testare, non sia stata mai espressamente approvata dalle leggi, in Roma.

Difatti, anche alla libertà conseguita con sotterfugio, per mezzo del fedecommesso, si vollero imporre limitazioni, e il senatus consulto Trebelliano prima (78), il Pegasiano poi (79), stabilirono in favore dell' erede fedecommessario e del fiduciario, una *quarta* ereditaria intangibile (80). Frattanto però l' istituto si era svolto ed aveva acquistato grandissimo favore presso i più: tanto che Augusto fu costretto ad accordargli legale riconoscimento; e se aumen-

(77) Cfr. in proposito **Carle** op. cit., pag. 504, nota 1.

(78) Anno di Roma 815, di Cristo 62,

(79) Anno di Roma 827, di C. 74.

(80) Cfr. **Gaio**, Comm. II, 263, 251.

tata ne era la indipendenza individuale, ne veniva però anche facilitata la dispersione del patrimonio familiare.

Fu allora che il legislatore, come sopra abbiam detto, volse le sue cure alla difesa della famiglia, e cominciò coll'obbligare chi volesse testare a danno della medesima, a diseredare espressamente gli *heredes sui* (81). Questo disposto, che nei sistemi opposti al nostro, è assolutamente privo di qualunque significato (82), viene, secondo la nostra versione, ad acquistare una vera importanza pratica e morale.

Mentre infatti — ammessa l'assoluta libertà di testare da lungo tempo sanzionata dalla legge, e passata quindi ormai nella consuetudine, in tutta la sua crudezza — un freno di tal natura, basato sopra un sentimento dì delicato riguardo che ormai non poteva aver più alcuna ragion d'essere, è assolutamente ridicolo; nulla è più naturale invece e più opportuno, di un cotal freno, quando si ritenga essersi l'abuso della libertà di testare introdotto con mezzi indiretti, evitando ogni aperta violazione delle contrarie leggi, e rispettando in apparenza quel diritto famigliare che aveva così profonde radici nelle tradizioni e nell'antica legislazione Romana.

Nulla di più naturale — dico — perchè data la nostra ipotesi, ognuno si spiega agevolmente questo intervento del legislatore Romano, il quale, di fronte all'abuso ipocritamente mascherato d'una vana parvenza di legalità, esce fuori a dire: « chi osa infrangere le sacre leggi famigliari, non lo faccia all'ombra di un'obliqua, ingannatrice procedura, ma si pronunzi apertamente e francamente, e si esponga — se ne ha il coraggio — alla riprovazione dell'opinione pubblica.

Non era davvero fuor di luogo sperare — come sperò il legislatore romano — nel freno della pubblica opinione, e forse per qualche tempo la legge produsse il suo effetto: ma quando anch'essa manifestossi insufficiente allora si ebbe ricorso alla: *quaerela inofficiosi testamenti.* Per noi, ambidue questi istituti furono destinati a conseguire nell'ambito della successione intrafamiliare quel mede-

(81) Questa disposizione è di data incerta, senza dubbio però fu anteriore a Cicerone. V. infatti *De Orat,* I, 38, 57; e *Pro Caecina,* c. 25.

(82) Per quanto il **Gans** (loc. cit. pag. 93 e seg.) con quel profondo intuito filosofico che forma l'irresistibile attrattiva de' suoi scritti, si studi di giustificarlo, ed elevarlo all'altezza di scientifico significato.

simo intento al quale erasi provveduto — nell' ambito della successione extrafamiliare, colle leggi Furia, Voconia, e Falcidia.

Nè l' uno, nè l' altro di essi, ha minimamente a che fare — nelle sue origini — col diritto pretorio: essi appartengono manifestamente al diritto civile (83), del quale rivestono il carattere esclusivo ed aristocratico.

La diseredazione espressa non era infatti imposta, da principio, che per i *sui* o *suorum loco* (84) gli altri parenti, poteansi diseredare *inter ceteros* (85). La mancata diseredazione de' primi, soltanto, induceva la nullità del testamento (86), mentre la preterizione degli altri, non attribuiva loro che un *ius aderescendi,* per ottenere la parte che sarebbe loro spettata nella successione legittima (87).

Lo stesso è a dirsi della *quaerela inofficiosi testamenti.* che ebbe origine dalla pratica del giudizio centumvirale, che nelle liti fra eredi testamentarii e intestati, considerava come non esistente il testamento, se agli ultimi non era lasciata almeno una parte di quello che sarebbe loro venuto dalla successione intestata (88). Anche la *quaerela inofficiosi*, dico, dapprima non fu concessa che ai discendenti; poi anche agli ascendenti, e ai fratelli germani e

(83) V. **Cuënot,** op. cit. Parte Iª, C. 1° §. 3, (pag. 9) e C. 2°, §. 6, (pag. 25).

(84) V. **Gaio,** Comm. II, 123, 127; **Ulp.** *Frag.* XXII, 16-20.

(85) V. **Gaio,** Comm. II, 132; **Ulp.**, *Frag.* XXII, 20-22.

(86) Vedi **Gaio,** Comment. II, 123. L. 7, Dig. De lib. et posth. hered. XXVIII, II; **Giust.,** Inst. *De exhered.* lib. II, 13 proe.

(87) Vedi **Gaio,** Commenti II, 124; **Ulp.,** *Frag.* XXII, 17; **Paul.,** *Recept. Sent.* III, 4, §. 21.

(88) Cfr. **Cicerone,** *De Orat.*, I, 38; lg. 4, Cod. De lib. praeter. V, 28; lg. 13, Dig. de inoff. test. V, II; lg. 30 Dig. *De liberatione legata* XXIV, 3. V. anche **Cuënot,** op. cit. Parte I, C. I, §. 11 e 12 (pag. 18-21) e **Gans,** Vol. II, pag. 118. (circa l' origine del *Centumvirale iudicium*, vedi il **Muirhead** op. cit. pag. 74; il **Niebhur,** *Storia Romana*, vol. II, pag. 168 e il **Carle,** *Origini......* ecc. pag. 384, nota 3). L' opinione di **Cuiaccio** (obs. II, 21; XIV, 14) che la legittima sia invece stata introdotta con una apposita legge Glicia o Glitia (V. **Cogliolo** Fonti cit. vol. II, pag. 600) riposa unicamente sulla iscrizione affatto incerta della lg. 4, Dig. De inoff. test. V, II; e contro di essa sta il fatto che per preterire il testamento, i centumviri dovettero ricorrere ad una finzione di pazzia (*color insaniae*) del testatore: lg. 2, Dig. de inoff. test. V, e II, e 5 Dig. ibid e proe. Inst. II XVIII hoc tit.

consanguinei (non agli uterini) (89) soltanto nel caso che fosse loro stata preferita una persona *infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspersa* (90).

Nessuna grande innovazione fu adunque portata, in sostanza, nel Diritto Romano, da questi due freni imposti all'abuso delle libere disposizioni nè ci sembra che il tribunale centumvirale accogliendo la *quaerela inofficiosi testamenti*, inaugurasse quella grande rivoluzione nel campo del Diritto Romano privato, alla quale il Gans accenna nell' opera sua più volte citata (91).

§. 8.

La rivoluzione invece cominciò per certo col diritto pretorio (92), allorquando — rotta la ferrea cerchia del sistema aguatizio — la legislazione Romana riconobbe come base di un nuovo edifizio giuridico, gli affetti naturali.

Allora, per mezzo della *bonorum possessio* fu tolta, praticamente, ogni differenza fra l'*ius gentium* e l'*ius quiritium;* e il pretore, accordando la *bonorum possessio* suddetta ai *liberi*, ai *legitimi*, ai *cognati*, ed alla *uxor*, sia *secundum* sia *contra tabulas*, mise le leggi supreme degli affetti naturali, al disopra delle disposizioni d' un diritto aristocratico ormai antiquato, e della stessa volontà individuale, che ancora non aveva acquistato nelle libere manifestazioni sue, tanta autorità, da dover essere considerata come incontrastabile ed ineccezionabile (93).

Peraltro, in tutte queste limitazioni imposte alla libera disposizione testamentaria, prima dal diritto civile, poi dal pretorio, in favore dell' erede principale, o della famiglia, ancora non abbiamo incontrato quella precisa determinazione di quota in prò degli eredi designati dalla legge, che è propria della moderna *legittima*, e dalla quale propriamente l'istituto stesso della legittima, ripete i suoi natali.

(89) Lg. 27 Cod. De inoff. test. III XXVIII, e lg. 1 Cod. ibid.

(90) Lg. 27 Cod. come sopra.

(91) **Gans,** vol. II pag. 119 « es kann dieses verfahren der Centumviri zunächst eine erbrechtliche Revolution genannt werden ».

(92) **Gans,** vol. II. pag. 109-136 e 463-471. **Gabba,** pag. 53-4 e 60-1 **Taddei,** pag. 201-2. **Laboulaye,** pag. 226-32. **Cuënot,** parte I[a] Cap. 2°.

(93) Cfr. **Gans,** vol. II, pag. 463 e seg.

La fissazione della quota in favore degli eredi dalla legge protetti, sembra doversi riportare all'epoca imperiale (94), e per quell'amore della continuità, per quell'avversione contro le innovazioni, segnatamente *formali*, che è caratteristica essenzialissima della storia del Diritto Romano privato, (95) essa fu imitata da un istituto già esistente: *dalla quarta falcidia* che, come vedemmo, proteggeva l'erede extrafamiliare contro le eccessive liberalità fatte dal testatore a favore di terze persone.

Così pertanto ebbe origine quella *legitima portio* o *quarta debitae portionis* detta spesso, per confusione, anche *quarta Falcidia* (96), della quale ben a ragione dice il Gans, che fu « un angusto e fracido ponte destinato a congiungere due lati contrapposti » (97), cioè il sistema della successione legittima, e quello della libertà testamentaria.

(94) **Laboulaye,** (hist. du droit de succ. des femmes. Sez. I, cap. 4) sostiene invece che debba riportarsi alla metà dell'epoca Repubblicana, ma forse egli non ha posto mente abbastanza alla distinzione fra la *quarta falcidia* propriamente detta, e la *quarta debitae portionis* che sono affatto distinte, quantunque spesso nelle fonti confusamente e promiscuamente indicate collo stesso nome (lg. 31 Cod. De inoff. test. III, XXVIII; lg. 5, §. 3 Cod. Ad lg. Iul. IX, 8).

(95) Di questo amore per la continuità, di questo rispetto esagerato per ciò che ha durato per un certo tempo, daremo qui per incidente, un solo esempio che ci sembra tipico. Quando il fedecommesso, facendosi strada nella pratica, nella consuetudine della vita giuridica Romana, riuscì a rendere illusorie tutte le minute e noiose disposizioni di legge che fissavano i casi di capacità legale a succedere, (Cfr. **Gans,** vol. II, pag. 214-228) gl'imperatori, dopo averlo per un pezzo tollerato come abuso, finirono per dargli sanzione di legge. Augusto che pel primo si decise a questo passo, non pensò menomamente ad abrogare le disposizioni suddette, relative all'incapacità di succedere, e così per uno sciocco rispetto a disposizioni ormai antiquate, egli le lasciò sussistere, pur dando giuridica sanzione al metodo adoperato per violarle. (V. Gabba, pag. 65). È per lo stesso amore della continuità che quando si trattò di fissare al fiduciario un compenso per le noie alle quali andava incontro nell'eseguire il suo mandato, non si seppe trovar altro di nuovo, che la *quarta Trebelliana*, che così fece schiera assieme alla *quarta Falcidia*, alla *quarta debitae portionis*, alla *quarta uxoria*, alla *quarta Divi Pii* ecc. ecc. e che si sarebbe certamente trovata in anco maggior compagnia, se le invasioni barbariche non venivano a metter un termine alla commedia.

(96) V. sopra, nota 94.

(97) « Die schmale und morsche Brücke welche zwei gegenüberstehende seiten miteinander verbinden soll. » vol. II, pag. 34.

§. 9.

Questo stato di cose si mantenne immutato nella sostanza, fino all'epoca di Giustiniano.

Giustiniano (98) si occupò con speciale interesse delle leggi successorie.

Colla nov. 18 egli ampliò la quota della legittima, portandola da $^1/_4$ a $^1/_3$ del patrimonio, nel caso che i figli sopravissuti al testatore non oltrepassassero il numero di quattro, e ad $^1/_2$ quando oltrepassassero questo numero. E di tale aumento profittarono, non solo i figli, ma tutte le persone « in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso, lege decreta est. » (99) cioè gli ascendenti, e le sorelle e i fratelli consanguinei e germani con diritto di rappresentazione (100).

Se tali eredi fossero stati del tutto dimenticati, potevano ricorrere alla *quaerela inofficiosi testamenti.* Se invece era loro lasciata una quota minore di quella assegnata dalla legge, avevano un' *actio suppletoria* per ottenere quanto loro spettava di diritto (101).

Anche al coniuge povero — in forza della Novella 53, cap. 3 — quando nessuna *dos* o *donatio propter nuptias*, rispettivamente avesse ricevuto, era attribuito di diritto un quarto del patrimonio dell'estinto; come già, secondo precedenti disposizioni, era la stessa quota aggiudicata al coniuge ingiustamente ripudiato (102).

Colla nov. 117, cap. 5, questo diritto fu ristretto alla sola vedova povera e senza dote, e la sua quota le fu data in sem-

(98) **Gans,** vol. II, pag. 136-144, e 463-471; **Gabba,** pag. 62-63; **Cuënot,** p. I, C. 7° §. 8-20 pag. 132-143; **Laboulaye,** pag. 236-237.

(99) Nov. XVIII, cap. I in fine. Il **Marezoll,** (Zeitschrift f. Civ. u. R, I, 11, V, 12) ha sostenuto che queste parole devono riferirsi soltanto ai discendenti ma il **Glück,** il **Mühlenbruck,** l'**Arndts,** il **Vangerow,** il **Windscheid,** sono unanimi nel respingere questa restrizione affatto arbitraria.

(100) V. **Cuënot,** p. I, Cap. VIII. §. 12, pag. 136; **Gans,** II, 410, 413.

(101) Cfr. §. 3. Inst. *De inoff. test.* II, XVIII; l. 35, §. 2 e l. 36 Cod. hoc. tit. III, XXVIII.

(102) Cfr. l. 1, §. 11, Cod. *De repudiis et iud. morib. subl.* V. XVII; e Nov. 22 C. 18 e 30.

plice usufrutto, se esistevan figli: in proprietà, soltanto in mancanza dei figli stessi (103).

La quota stessa poi, fu fissata nella misura della porzione che sarebbe toccata alla vedova nella successione intestata, cioè nella misura d'un quarto se sopravvivevano soltanto tre figli, e d'una porzione virile, se ne sopravviveva un maggior numero. Di gran lunga più importante delle citate è però la novella 115 colla quale Giustiniano invece di riconoscere ai legittimarii ascendenti un semplice diritto ad una quota parte della eredità, attribuì loro adirittura il *nomen heredis*, obbligando il testatore ad istituirli eredi, quando non concorresse alcuno dei motivi di diseredazione tassativamente enumerati dalla legge (104).

Quale fosse la conseguenza della trasgressione di questo disposto di legge, ancora non è stato bene determinato dalla dottrina. Alcuni vogliono che i vecchi sistemi d'impugnazione del testamento illegale persistessero immutati; altri affermano che un sistema speciale deve esser stato introdotto colla nuova legislazione (105).

(103) A questo progresso si giunse assai tardi in Roma. Nella primitiva legislazione Romana, se il marito moriva intestato, la moglie era esclusa dalla successione perfino di fronte al fisco (Cfr. nov. 53, **Giust.**). Se egli lasciavale per testamento tutta l'eredità la legge non le permetteva di riceverne che $^{1}/_{10}$. Le leggi Giulia e Papia Poppea riconobbero alla vedova un diritto di successione proporzionato al numero dei figli, assegnandole $^{2}/_{10}$ del patrimonio se aveva un figlio, $^{1}/_{3}$ se ne aveva tre e questo diritto fu chiamato infatti *ius liberorum*. Il pretore modificò poi l'ingiusta severità del diritto civile, e Giustiniano ne confermò le eque disposizioni. Ferve però sempre la quistione circa l'attribuzione della proprietà o dell'usufrutto della quota, alla moglie, in concorrenza coi figli. Per la prima ipotesi stanno ad esempio il Glück lo Zimmern, l'Unger, il Von Löhr nei primi suoi scritti. Per la seconda l'Arndts, il Rosshirt il Thibaut, il Mühlenbruck, il Puchta, il Brinz e il Von Löhr nei successivi studi. Cfr. anche **Gans,** II, pag. 364, e 411 e **Vangerow** §. 488, p. 303 e seg.

(104) Cfr. Cap. III. e IV della nov. cit. Oltre i casi quivi enunciati va ricordato anche quello della *exheredatio bona mente* che aveva luogo quando il testatore aveva fondato motivo di credere che la porzione legittima sarebbe stata dissipata dal legittimario o per altre ragioni non sarebbe stata sicura in mano sua. (Cfr. l. 18 Dig. de lib. et posth XXVIII, II, l. 12 §. 2. Dig. XXXVIII, II; l. 3 Dig. De usuris XXII, I; l. 15, §. 2. Dig. de Curat. fur. XXVII, X). In tali casi i discendenti del diseredato andavano al possesso della quota legittima.

(105) Cfr. **Vangerow,** §. 467 in fine, e **Gans,** II, pag. 139 e seg.

Checchè ne sia di ciò, sta il fatto che con questa Novella 115 il sistema del Diritto successorio Romano giungeva alla sua ultima esplicazione, annientando di bel nuovo, in nome della famiglia, quella libertà, che non la legge delle XII tavole, ma una consuetudine molto più tardi invalsa, aveva potuto a poco a poco far trionfare nella pratica della devoluzione ereditaria.

Colla legislazione Giustinianeo vengono ad amalgamarsi in una poco armonica confusione, gli opposti principii della libertà individuale, e della comproprietà famigliare; del testamento non sottoposto a controllo, e della successione legittima; e questo amalgama infelice, frutto dell'insipienza legislativa d'una età di decadenza intellettuale e morale profondissima, forma il substrato, il fondamento, lo schema secondo il quale si sono sapientemente modellate le legislazioni quasi tutte, della moderna civile Europa.

Sublime ed inarrivabile esempio di pecoraggine, che rimarrà unico — io credo — nei fasti della ignoranza umana (106).

Dott. Manfredi Siotto Pintór.

---

(106) La giustificazione di questa conclusione, che potrà sembrare un po' forte a parecchi, si troverà nei successivi capitoli dell'opera, di cui il presente articolo non costituisce che una piccolissima parte.

LA SUBLOCAZIONE E LA CESSIONE DELL' AFFITTO

(APPUNTI)

---

1. Il godimento della cosa locata non è indispensabile sia tenuto dal conduttore originario, chè quel che interessa il locatore è il prezzo, nòn la persona del debitore; e però « il conduttore ha diritto di sublocare e di cedere il suo affitto ad un altro, se tale facoltà non gli è stata vietata. Gli può essere vietata in tutto o in parte; ma il divieto non ha luogo senza un patto speciale ». (art. 1573 C. C.).

La legge parla di *sublocazione* e di *cessione*. Rifiutiamo subito l'opinione che per *sublocare* intese locare in parte la cosa, e per *cedere l'affitto*, locare la cosa in tutto; seguiamo invece l'interpretazione quasi generale che alla legge attribuisce il senso fatto palese dal proprio significato delle parole: la sublocazione implica una seconda locazione, che può essere totale o parziale; e la cessione, una vendita del diritto di godimento. E bisogna bene stabilire nei contratti, e poi bene interpretare, se trattasi dell'una o dell'altra forma di sostituzione nel godimento, per gli effetti diversi che ne conseguono.

2. Per ben intendere la costruzione di queste due figure che vengono a sovrapporsi alla locazione originaria, cominciamo da una domanda che le riguarda entrambe. Nascendo la locazione originaria con la facoltà nel conduttore di sublocare e cedere l'affitto, può dal lato del locatore vedersi quel che già notammo per l'art. 1597 dal lato del conduttore, cioè un contratto con soggettività indeterminata, in modo che il rapporto come obbligazione

contrattuale *in rem scripta* passi tutto attivamente e passivamente al terzo, liberandosi il conduttore originario? — Diciamo subito di no: qua ci troviamo di fronte al trasferimento non della cosa, ma del rapporto obbligatorio; si subloca, si cede l'*affitto*, e quindi solo il diritto personale di godimento. Diritto di sublocare e di cedere è diritto di regolare a volontà il godimento, e non di modificare il rapporto contrattuale senza il concorso dell'altra volontà. Questo diritto l'ha l'enfiteuta per una speciale ragione di interesse pubblico, per la libera commercialità dei beni (1); non l'ha il conduttore, chè non è del fondo ch'egli può disporre, ma del suo godimento, del suo diritto, che è diritto di credito, diritto personale.

3. La sublocazione non altera punto il rapporto fra locatore e il conduttore; è un fenomeno che avviene in seno alla locazione, assumendo un proprio nome; quindi non nova, non muta la locazione stessa. Il locatore ha diritto di pretendere il pagamento del prezzo dal conduttore; contro il subcondutore può solo rivolgersi per ciò che costui deve secondo la sublocazione e di cui è debitore nel momento della domanda. Può pretendere dal conduttore l'indennità per la perdita e i deterioramenti cagionati dal subconduttore (art. 1588 cap.) Il conduttore può pretendere dal locatore tutto l'adempimento del contratto, che egli stesso ha promesso al subconduttore come un secondo locatore.

4. Fra il conduttore e il subconduttore nasce un rapporto di locazione, e al conduttore sono inerenti tutti gli obblighi d'un locatore, e al subconduttore i diritti e gli obblighi di un conduttore, beninteso nei limiti della sublocazione.

5. Più arduo è stato il definire il rapporto fra il locatore ed il subconduttore. In Diritto Romano i due contratti restavano affatto distinti, senza che il locatore potesse spingere azione diretta contro il subconduttore nè viceversa (2). È notevole la l. 53 D. 19, 2, citata da Glück. In diritto francese e italiano han destata una

(1) Cf. il mio articolo « *Se l'enfiteuta alienante resti obbligato al canone* » (*La Legge*, fasc. 14, vol. I, Anno 1889).

(2) **Anderson,** Diss. *de iure quod competit primo locatori in subconductorem;* **Glück,** l. c. vol. 18, §, 1064, p. 55.

bella discussione gli art. 1753 C. fr. (1) e 1574 C. it., pei quali il locatore può agire direttamente contro il subconduttore fino alla concorrenza del prezzo convenuto nella sublocazione, del quale questi sia debitore *au moment de la saise* (pel Cod. fr.), al tempo dell'intimazione della domanda (pel Cod. it.), senza che possa opporre pagamenti fatti anticipatamente.

Cominciamo col ritenere quel che è chiarissimo, cioè che l'azione di questi articoli non ha che fare con l'azione pignoratizia dell'art. 1958 n. 3 (Cod. it.) e dell'art. 850 (C. Proc. fr.) (2). Il **Laurent** contro la Cassazione di Francia è stato il sostenitore più accanito di questa confusione; per lui l'art. 1753 Cod. fr. è un limite all'art. 820 Proc. franc., esso restringe il privilegio del locatore, e gl'impone di non sequestrare i mobili del subconduttore se non pel debito del sublocatore rispetto al locatore, e così applica il principio che questi non ha azione contro il subconduttore se non come esercente i diritti del sublocatore. Egli fa speciale assegnamento sulla disposizione della legge: « nell'art. 1753 si tratta del sequestro operato dal locatore in forza del suo diritto di pegno, dunque di un'azione reale, e lo scopo dell'articolo è di limitare quest'azione. Come si libera la corte da queste parole: « *nel momento del sequestro?* » (3). — Al **Laurent** fu già osservato in diritto francese che se l'azione del locatore fosse *propter rem*, venduti i mobili del conduttore, quegli non avrebbe più azione contro questo: invece l'art. 1753 consacra un'azione diretta e indipendente dalla *saisie gagerie;* e la giurisprudenza francese si è liberata dalle parole su notate dell'articolo (*au moment de la saisie*), decidendo che il locatore ha, contro il subconduttore, non solo la via della della *saisie gagerie*, ma quella della *saisie exécution* e quella

(1) Le sous locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrance du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des payements fait par anticipation.

La payements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation.

(2) Peuvent les effets des sous-fermiers et sous-locataires garnissant les lieux par eux occupés, et les fruits des terres qu'ils sous-louent, être saisis-gagés pour les loyers et fermages dus par le locataire ou fermier de qui ils tiennent; mais ils obtiendront main-levée, en justifiant qu'ils ont payé sans fraude, et sans qu'ils puissent opposer des payements faits par anticipation.

(3) **Laurent**, l. c. n. 202.

della *saisie arrêt:* e che l'art. 1753 parlando della *saisie* non ha specificato quale dovrebbe praticare. Ma di quelle parole si è anche meglio liberato il Codice italiano, dicendo: *al momento della domanda.* Con che la distinzione delle due azioni è ancor più chiara (1).

Ma anche in diritto francese si andò ad un'altra confusione, e si ritenne che l'art. 1753 non fosse che un'applicazione dell'art. 1234, e l'azione del locatore non fosse un'azione diretta, ma solo surrogatoria. Il **Padda**, fin da una prima nota (2) rilevò una grave differenza, che cioè mentre l'art. 1234 instituisce un rimedio che di regola avvantaggia *tutti i creditori*, il 1645 (analogo al 1574 ed al 1748) avvantaggia soltanto il locatore. Se il senso e l'effetto degli art. 1645, 1574 e 1748 C.C. doveva esser quello della semplice surrogatoria, sarebbe stato da domandare perchè non si fosse creduto sufficiente il 1234. Ma la differenza notata dal **Padda** toglie la confusione; e la toglie, secondo me, lo stesso art. 1574. Il **Padda** nel limite che l'art. 1645 pone al diritto degli artefici, esteso solo a ciò che è ancora dovuto all'epoca in cui essi promuovono l'azione, e nel riferimento testuale al *debito che il committente ha verso l'imprenditore*, vide nella prima nota, (che poi nella seconda in parte corresse) una prova che l'artefice agiva *utendo iuribus* del debitore: ch'era quel che diceva il **Laurent** nel brano riferito. Ma l'art. 1574 ha in sè la negazione di questo nell'inciso: *senza che possa opporre pagamenti fatti anticipatamente.* Se davvero il locatore non facesse che esercitare le ragioni del conduttore, i pagamenti anticipati dovrebbero esser valevoli, chè tolgono appunto le ragioni del conduttore: se la legge non ne tien conto e mantiene l'azione del locatore, è chiaro che questi agisce in nome proprio.

6. Viene allora il quesito: come spiegare questa azione diretta? Il **Laurent** non volle piegarsi a ritenerla tale appunto per l'articolo 1165 Cod. fr. (1130 C. it.), ch'è il principio romano. Il **Troplong**, citando il **Duranton**, spiega l'articolo dicendo che poichè il prezzo del subaffitto è dovuto a causa della cosa del locatore, è giusto che questi lo prenda in preferenza dei creditori particolari del sublocatore: il locatore ritrova il suo diritto in sè medesimo,

(1) **Guillouard**, *louage*, I, n. 339; **Cafaro**, *Delle azioni competenti al locatore contro la persona e sui mobili del subinquilino* (**Filangieri**, 1883, p. 485).

(2) *Annuario critico di giur. prat.*, II, 349.

nella occupazione dei luoghi da parte del subcondutore. « Il proprietario può agire contro il sublocatario, perchè il sublocatario è tenuto verso colui col quale ha trattato con gli stessi vincoli che se quest'ultimo fosse proprietario; ora il locatore originario è padrone di esercitare le azioni del suo locatario diretto (1). E anche il **Labbé** disse privilegiato il credito del locatore perchè questi può dire che è la sua cosa che ha permesso al conduttore di diventar creditore di fitti contro il subconduttore, *causam pignoris dedit* (2).

Queste ragioni, diremo col **Laurent**, giustificano l'art. 1574, ma non assodano il principio; e la scienza deve, oltretutto, fare la teoria. Si domanda sempre come sfuggire all'art. 1130, chè l'occupazione da parte del subconduttore non stabilisce vincolo giuridico fra lui e il locatore, salvo che (dice il **Laurent**) questi non sia nel contratto di sublocazione rappresentato dalla cosa! E però il **Guillouard** se la sbriga facendo addirittura rappresentare il locatore: « En stipulant, le paiement de loyers, l'occupation des lieux loués etc., le locataire principal n'a pas fait seulement sa propre affaire, mais aussi celle du bailleur, et il avait pour cela un mandat tacite de celui ci (3) ». Il sistema è agevole, ma non è esatto: il locatore consente la sublocazione, ma ne resta fuori; consente a questa modalità di godimento, ma non entra nel contratto, di cui egli non ha nè il diritto, nè il dovere di conoscere i patti. Il sublocatore stipula per sè e in nome proprio: stipula per sè il pagamento; permette l'occupazione dei luoghi col consenso tacito del locatore, ma non in nome di costui; tutto fa come affar proprio, senza alcuna idea di rappresentanza.

7. Neppure è il caso di ricorrere al tipo vagheggiato d'un *contratto a favore de' terzi*, di un contratto cioè per cui, secondo la definizione del **Gareis**, *il terzo acquista immediatamente un diritto proprio indipendente conforme alla volontà dei contraenti* (4).

Accennando a questa forma contrattuale non intendiamo accettare, pel nostro diritto positivo, le conclusioni a cui il **Tartufari**

(1) *Louage*, n 372.

(2) *Revue critique* 1870, p. 571 e seg. e 666 e seg.; e la nota alla raccolta **Sirey**, 1876, II, 329-330.

(3) L. c. n. 340.

(4) *Die Verträge zu Gusten Dritter*, Würzburg, 1873, p. 269, §. 67. Cfr. **Tartufari**, *Dei contratti a favore dei terzi*, Verona 1889, p. 307.

crede poter giungere. Giovandosi degli importantissimi lavori tedeschi sull'argomento e specialmente di quello storico dommatico del **Gareis**, al quale aggiunge una più ampia trattazione del diritto francese (1) ed una del diritto italiano, tenta una via di mezzo fra la dottrina francese mantenutasi fino ad oggi strettamente al sistema romano e la opposta dottrina germanica, rimenando sotto una costruzione giuridica comune le forme contrattuali tanto del diritto civile quanto del diritto commerciale (2).

Non è qui il luogo di riassumere i dubbi che si sono mossi contro l'opinione che crede possibile *de iure condendo* l'abolizione dell'autonomia del diritto commerciale (3), nè i maggiori che si possono muovere contro quella del **Tartufari** che, fin da ora, crede possibile, parlando di *ius conditum*, la fusione dei due diritti, avventurando una ragione, la quale neppure i sostenitori di un futuro codice unico delle obbligazioni vorrebbero forse sottoscrivere, che cioè la diversa funzione economica propria di certi contratti non può mai dar luogo a delle differenze strettamente giuridiche fra le materie commerciali e quelle civili (pag. 182). Il **Tartufari** si è lasciato troppo attirare dai risultati degli studi germanici; ma basta concedere quel che egli ha concesso, cioè che la dottrina francese, ch'è la nostra, si è attenuta strettamente al sistema romano (pag. 4), e che l'art. 1128 C. C., così com'è concepito, è affatto insufficiente alle esigenze della vita moderna e non contiene ciò che veramente dovrebbe contenere (pag. 305), per decidere che non si può trasportare nel diritto positivo italiano quel che la scienza, la pratica e le leggi han potuto costruire in Germania.

Ad ogni modo, anche dato e non concesso che possa accogliersi come regola di diritto positivo italiano il contratto a favore dei terzi, mancherebbe nel nostro caso un requisito essenziale, l'espressa intenzione delle parti (4). L'azione del locatore contro li

(1) Il **Gareis** (§. 42, p. 176 e segg.) aveva già notato, a proposito del diritto francese, che l'espressione *condition* dell'art. 1121 C. fr. significa qualunque *modalità* apposta ad un contratto già per sè valido (*jede einzelne Bestimmung eines combinirten Rechtsverhältnisses oder jede Modalität oder Hinzufügung zu einem Rechtsgeschäfte*).

(2) L. c. p. 5.

(3) Cfr. l'articolo ultimo del **Vivante**: *Ancora per un Codice unico delle obbligazioni*, nella Riv. it. per le Scienze giuriche, vol. XIII, fasc. III.

(4) **Gareis**, p. 216 §. 53. (*Die Vertragsbestimmung zu Gusten des Dritten*).

subconduttore non deriva dalla volontà del conduttore e del subconduttore dichiarata nella sublocazione, ma dalla legge (1).

Il **Tartufari** implicitamente escluse, il nostro caso dai contratti a favore de' terzi, quando escluse quello dell'art. 1748, del mandante che può agire contro colui che dal mandatario venne sostituito nella esecuzione del mandato (2). Come n'è escluso il caso dell'art. 1597, dell'acquirente che è obbligato a rispettare la locazione anteriore alla vendita e risultante da atto pubblico o da scrittura privata di data certa: il che non è secondo quei diritti che ammettono ancora la regola: *emptio tollit locatum* (3).

Ma ragione più precipua per allontanare ogni idea di un contratto a favore del terzo è che manca il *favor tertii*, la *rechtliche Verbesserung in der Lage des Dritten.* Il locatore non acquista nulla: la legge non fa che garentirlo da un danno che gli potrebbe venire per l'indebito arricchimento del conduttore, il quale, se l'art. 1574 non fosse, potrebbe esigere il prezzo, senza pagare il locatore.

8. Molto esattamente hanno spiegato l'art. 1574 il **Fadda** e lo **Scialoja** (4). Il **Fadda** cominciò col rilevare benissimo che qua non ci troviamo di fronte ad una disposizione di diritto singolare, notò che nei casi degli art. 1574, 1645, 1748 in tanto il debitore ha un diritto di fronte al terzo, in quanto esiste un vincolo fra esso e il creditore istante. « In tanto il sublocatore può esigere un fitto dal subconduttore in quanto egli ebbe dal locatore il godimento della cosa; in tanto l'imprenditore ha diritto contro il committente, in quanto gli artefici eseguirono i lavori; il mandatario ha un diritto contro la persona che egli si è sostituita, in quanto a lui fu dato il mandato. In definitiva il creditore instante qua esperimenta un diritto, che *formalmente* non è suo, ma è sorto per suo mezzo, con la sua opera a sue spese, e senza di ciò non sarebbe sorto. È vero che manca ogni vincolo contrattuale fra l'instante e il terzo: ma non da' soli contratti sorgono rapporti

(1) **Garels,** p. 28 §. 9 B e p. 217 §. 53: « Unwesentlich ist für den Erwerb des Dritten, was ohne die den Dritten begünstigende Absicht der Paciscenten eintrete und existire; wesentlich ist, dass iene Absicht im Vertrage der Contrahenten vorliegt und dem Dritten diesen Erwerb als Haupt oder Neben• product des Vertrages abwirft ».

(2) L. c. p. 284.

(3) **Gareis** p. 159 e segg. §. 40; confr. **Tartufari,** p. 320 e segg.

(4) *Annuario critico di giurisprudenza pratica,* vol. II, p. 349 e segg.

obbligatorii. Il creditore qua fonda la esclusività della sua azione contro il terzo nell' arricchimento di costui a spese sue. In tutti i casi vi è *versio in rem*, come risulta appunto da ciò, che non si può chiedere dal terzo più di quanto questi ha ancora da corrispondere al debitore » (1). Lo **Scialoja** giustamente osservò che il concetto della locupletazione veniva al caso in modo affatto diverso. Finchè il terzo (committente, subcondutore, submandatario) non fosse liberato della sua obbligazione verso il debitore intermediario (imprenditore, conduttore, mandatario), non poteva dirsi locupletato senza giusta causa: il suo patrimonio non è accresciuto quando vi figura in debito, ciò ch' egli non paga al suo creditore. Notava piuttosto, nei casi surriferiti, che l' adempimento dell' obbligazione dell' attore verso l' intermediario è nello stesso tempo in tutto o in parte l' adempimento dell' obbligazione di questo verso il terzo; sicchè intanto l' intermediario ha diritto verso il terzo al corrispettivo della sua prestazione, in quanto appunto questa prestazione è stata in tutto o in parte eseguita dall' attore. « È naturale che quando alcuno soddisfacendo alla propria obbligazione abbia in pari tempo soddisfatta all' altrui, e non ne abbia ricevuto il corrispettivo, possa direttamente rivolgersi contro il terzo, che è pur debitore del corrispettivo di questa prestazione. Se tale diretta azione si negasse e non si ammettesse il vero autore (totale o parziale) della prestazione a ricevere il corrispettivo dal terzo escludendo l' intermediario, ne avverrebbe che questo intermediario potrebbe egli ricevere il corrispettivo, e non pagare poi a sua volta (o almeno non pagare interamente) il corrispettivo dovuto al vero autore della prestazione, sicchè verrebbe egli (o per lui gli altri suoi creditori) ad arricchirsi ingiustamente di ciò, che in tanto gli era dovuto, in quanto egli stesso era diventato debitore verso il vero autore della prestazione ». E formola il principio così: « Allorchè l' obbligazione di Primo verso Secondo è di tal natura che la soddisfazione di essa costituisca in tutto o in parte la soddisfazione dell' obbligazione di Secondo verso Terzo, Primo in quanto sia creditore verso Secondo di un corrispettivo, può aver azione contro Terzo per ottenere ad esclusione di Secondo il corrispettivo ancor dovuto da Terzo a Secondo » (2).

9. In questa formola entra anche la reciproca cioè l' azione diretta del subconduttore verso il locatore per ottenere, ad esclusione

(1) L. c. p. 350.
(2) L. c. p. 352 e seg.

del conduttore, il godimento della cosa. E come nella prima azione il limite è dato dalla sublocazione, per modo che il subconduttore non può esser costretto a pagare più del corrispettivo da lui consentito; così in questa il limite è dato dalla locazione, per modo che il locatore non può esser costretto a più di quello cui si è obbligato verso il conduttore.

10. Come conseguenza dell'azione diretta data al locatore contro il subconduttore si è dedotto che questi non possa compensare il debito col credito che abbia verso il conduttore (1); il che a me non pare. L'art. 1574 dice che il subconduttore è obbligato pel prezzo di cui sia debitore al tempo dell'intimazione della domanda; e poichè la compensazione estingue di diritto i debiti al momento stesso della loro contemporanea esistenza, è chiaro che se c'è luogo a compensazione, il subconduttore per legge *non è debitore* al momento della intimazione della domanda.

Similmente, non può dedursi che la sublocazione possa vivere indipendentemente dalla locazione: la sublocazione è rapporto che presuppone quello di locazione, e quantunque dia origine ad azioni dirette fra il locatore ed il subconduttore, nasce e vive nei limiti della locazione, subordinata alla esistenza di questa. Infatti la facoltà di sublocare rientra nel diritto di godimento, e cade se il conduttore perde il godimento; il subconduttore acquistò sapendo che quella facoltà era soggetta a cadere.

11. Con la cessione, tra il conduttore ed il cessionario avviene un vero rapporto di vendita; ma poichè il diritto di godimento è legato ad obblighi, la figura che ne nasce non è così semplice, tanto più che a costruirla il legislatore non ha dato alcun soccorso, come ha fatto per la locazione. Il conduttore cedendo il suo diritto al cessionario, non si libera dagli obblighi che lo legano al locatore, se questi non lo libera dando luogo ad una novazione (art. 1267 n. 2). E però il locatore conserva ogni sua azione contro il conduttore, ed argomentando analogicamente da ciò che l'art. 1574 dispone per la locazione, può anche rivolgersi contro il cessionario pel pagamento del prezzo, se questi è ancora di qualche somma debitore verso il conduttore cedente. Reciprocamente, il conduttore cede al terzo il suo diritto di godimento, ma non perde contro il locatore quelle azioni che tendono ad ottenere il mantenimento delle condizioni pel godimento della cosa: il locatore non ha di che lagnarsi, il suo obbligo non si accresce se della stessa pre-

(1) **Guillouard,** l. c. n. 342.

stazione sono creditori due persone, e d'altra parte è compensato di questa modificazione dal fatto che anch' egli ora ha in certa guisa due debitori. Se ciò non fosse, il conduttore potrebbe trovarsi vittima della collusione del locatore e del cessionario: l'uno non farebbe le riparazioni, l'altro non le domanderebbe, ed alla fine dell'affitto il proprietario domanderebbe dal conduttore le riparazioni locative, tanto più gravi per ciò che le riparazioni dovute dal locatore non sono state fatte durante tutta la durata dell'affitto (1).

12. Il cessionario ha verso il locatore tutti i diritti del conduttore, come pone il contratto di locazione; e ne ha anche gli obblighi, meno quello del pagamento del prezzo, al quale, come sopra si è detto, sarebbe solo obbligato per quanto fosse ancora debitore verso il conduttore (arg. art. 1574). Non si oppone quel che dice il **Laurent**, che cioè le obbligazioni non si trasmettono nel senso che passino al terzo, estinguendosi pel cedente, come in principio abbiamo rilevato: possono trasmettersi nel senso di accollare ad un terzo un'obbligazione, restando il cedente tenuto anch' egli. Il cessionario sa che il godimento è a base obbligatoria, e non può intendere di aver in tutto soddisfatto ai suoi obblighi col pagamento del prezzo della cessione: il godere ha i suoi limiti, e tutti gli obblighi imposti al conduttore non sono che delimitazioni del diritto stesso che si cede; se il cessionario le oltrepassa, il locatore deve potervelo richiamare. Così, deve godere da buon padre di famiglia, deve avvertire il locatore delle usurpazioni, che è quanto dire godere senza fare nè permettere il danno della cosa, etc.

Ciò risolve il quesito: se il locatore abbia azione diretta contro i cessionarii intermediarii. Il cessionario assume tacitamente tutti gli obblighi inerenti al godimento; ma è naturale che li assuma non come li ha assunto il conduttore originario, ma subordinati al godimento, come un passivo condizionato di questo attivo; e quindi se cede il godimento, cessa per lui la fonte così dei diritti come degli obblighi. Tale è stata la risoluzione della giurisprudenza francese (2).

13. Le differenze fra la sublocazione e la cessione sono importanti per gli effetti (3).

(1) **Guillouard**, l. c. n. 335.

(2) Conf. **Guillouard**, nn. 347 e 348.

(3) **Aubry** et **Rau**, IV, p. 493; **Laurent**, nn. 194 a 197; **Guillouard**, nn. 313 a 318.

1.° I mobili del subconduttore sono soggetti al privilegio del locatore e del conduttore (art. 1958 n. 3); invece, quelli del cessionario non sono soggetti ad alcun privilegio del cedente. 2.° Il cessionario come compratore prende la cosa come la trova, e non può domandare alcuna riparazione dal suo cedente; tutto può domandare dal locatore verso cui prende il posto del conduttore. 3.° Similmente trattandosi di fondi rustici, in caso di privazione notabile di ricolto, il subconduttore ha diritto a riduzioni di fronte al conduttore; non così il cessionario di fronte al cedente; l'avrà di fronte al locatore, se il cedente l'avrebbe avuto restando al suo posto nel momento della perdita del ricolto. Lo stesso si dica della riduzione dell'art. 1580, partendo dal concetto che il cessionario acquista dal cedente il godimento a suo rischio e pericolo, e che le sue azioni sono di conduttore verso il locatore principale. 4.° Per essere efficace di fronte ai terzi la sublocazione non ha bisogno di nulla; la cessione dev'esser notificata al locatore od accettata da questo con atto autentico (art. 1539 C. C.)

Un'altra differenza pongono alcuni (1). Se nel contratto di locazione v'ha qualche clausola che deroga al diritto comune, al subconduttore, obbligato dal locatore a rispettarla, accordano una azione in garantia contro il conduttore, perchè, dicono, fra conduttore e subconduttore sola regola è quella della sublocazione. Invece, il cessionario subentrando in tutto al posto del conduttore, non ha azione in garentia. Io credo che neppure nella sublocazione si possa dare azione in garantia: basta che il subconduttore sappia ch'egli contrae con un conduttore perchè debba sapere che non gli possono spettare diritti maggiori che quegli non abbia e che quindi tacitamente le condizioni della locazione eserciteranno influenza sulla sublocazione che, come dicemmo, s'innesta nel primo contratto e ne segue le vicende. Salvo il caso che il condutttore abbia espressamente garantita la esenzione dalla clausola esorbitante.

14. Dato il caso che un patto speciale contenga il divieto di sublocare o cedere occorre ben indagare quale è stata l'intenzione delle parti sull'estensione del divieto stesso: la casistica che a tal proposito fanno gli scrittori francesi va accolta con molta cautela e sempre subordinatamente a quel che si deduce dal contratto. Ecco i quesiti che si fanno.

(1) **Aubry** et **Rau**, IV p. 493; **Laurent**, n. 194; **Guillouard**, n. 316.

a) La proibizione generica di sublocare e di cedere l'affitto comprende anche quella di sublocare e di cedere *in parte?* — Da alcuni si sostiene che in mancanza di circostanze donde si riveli che il locatore non ebbe nè motivo nè intenzione di proibire locazioni e cessioni parziali, la proibizione generale significa che il conduttore debba godere egli la cosa, senza sostituirsi alcuno, nè in tutto nè in parte. « Se no, dove arrestarsi? » domanda il **Guillouard**. « Il conduttore potrebbe sublocare i tre quarti, i quattro quinti della cosa a diverse persone, e, purchè egli ne conservasse una parte, queste locazioni parziali sarebbero valevoli; il che sarebbe manifestamente contrario alla volontà del locatore (1) ». Ma si può subito osservare che se le sublocazioni e cessioni parziali sono quali il **Guillouard** le esemplifica e risultano *manifestamente contrarie alla volontà del locatore*, saranno proibite per la regola richiamata innanzi (art. 1131). Trattasi invece di quelle sublocazioni o cessioni che lasciano dubbiosi sull'intenzione delle parti, su quelle che non producono l'inconveniente delle totali; e a ritenerle valide concorrono più ragioni. L'art. 1573 cap. dice che la facoltà di cedere e sublocare può essere vietata in tutto o in parte, ma il divieto non ha luogo sopra un fatto speciale. Ora bisogna por mente che regola è la libertà di cedere e sublocare; eccezione è il non poterlo fare in tutto; eccezione più grave, il non poterlo fare neppure in parte. Non si può quindi dire che la proibizione di sublocare o cedere la cosa si estenda alle diverse parti di cui la cosa si compone: la proibizione relativa al tutto non può comprendere quella relativa alle parti, perchè una proibizione meno grave non può comprenderne una più grave; occorrerebbe un patto speciale. Si aggiunge che il limite di un diritto vuol essere interpretato restrittivamente (arg. art. 4 disp. sud.); e che nel dubbio il patto deve essere interpretato contro colui che ha stipulato ed in favore di quello che ha contratta l'obbligazione (arg. art. 1137) (2). Dicasi lo stesso per la proibizione di cedere in generale, la quale, secondo me, non può comprendere quella di sublocare in parte.

b) La proibizione generale di sublocare deve comprendere anche quella di cedere l'affitto, e viceversa? — Si è detto di si,

(1) L. c. n. 343. Cf. **Duvergier**, I, 374 e 378; **Laurent**, XXV, n. 217. Contra: **Aubry** et **Rau**, IV, p. 490-491; **Duranton**, XVII, 92; **Troplong**, I, 135; **Marcadè**, art. 1717, II.

(2) V. il mio *Trattato di locazione*, I, n. 56 p. 189.

perchè ambe le forme di trasmissione conducono allo stesso risultato di sostituire un terzo al conduttore, il che il locatore ha voluto evitare. (1) Ed io dico che il locatore non l'ha voluto evitare dal momento che non ne ha fatto un patto speciale come la legge vuole; e che anzi l'averlo fatto per l'una e non per l'altra trasmissione è una ragione di più per proibire l'una e permettere l'altra. Ripeto però che su tutto bisogna prima indagare la intenzione delle parti. Così, non ostante quel che abbiamo detto, ammettiamo la decisione della Cassazione di Torino, che cioè il divieto di sublocare apposto alla locazione di una casa, fatta con la condizione di continuare in essa l'esercizio di un albergo e tenervelo ben avviato, importa anche il divieto di cedere l'esercizio di albergo, se il giudice di merito, interpretando il contratto di locazione e considerati gli effetti della cessione, ritiene essersi inteso di comprendere anche questa nel divieto (2).

15. Dato il divieto, sia che si esprima con la formola di non poter cedere o sublocare *senza il consenso del locatore*, sia che si esprima con l'altra di poter solo cedere o sublocare *a persona gradita al locatore*, la conseguenza è la stessa; nè si può, come in Francia si è dalla giurisprudenza deciso, ammettere che nel caso della seconda formola possa il magistrato apprezzare i motivi del *non gradimento* (3). L'essenziale è che il locatore con quella formola non vuole mutamenti di persone nel godimento della cosa; che *gradimento* sarebbe quello forzato ed imposto dal magistrato (4).

Similmente, il Codice francese con la proposizione dell'articolo 1717: « *Cette clause est toujours de rigueur* », ed il Codice italiano, senza bisogno di quella proposizione, hanno negato il temperamento ammesso da **Pothier** quando il conduttore presentasse un subconduttore *aeque idoneum:* in tal caso l'effetto della clausola proibitiva si doveva restringere a questo che il locatore potesse far pronunziare la risoluzione del contratto e riprendere la cosa, ma non pretendere che il conduttore fosse egli ancor tenuto alla esecuzione del contratto. In questa pretensione **Pothier** vedeva un atto di emulazione e non l'ammetteva: per noi essa è perfettamente giuridica e non ha bisogno di esser giustificata.

(1) **Guillouard**, n. 324, p. 344.

(2) Sent. 31 Luglio 1883 (*Giur. Tor.* 1883, 1606).

(3) Paris, 6 Agosto 1847 (**Dalloz**, 47, II, 174) Colmar, 12 Aprile 1864 (**Dalloz**, 65, II, 32).

(4) Cf. **Guillouard**, 325 e 326.

Se si è stabilito che il consenso debba essere scritto, ciò non è *ad solemnitatem*, quindi basta che vi sia qualche cosa che contraddica al divieto, per es. un' esazione di fitto, perchè s' intenda dato il consenso (1). Beninteso che rinunziando al divieto con atti contradditorii a riguardo di un subconduttore non si ritiene rinunziato al divieto per tutti i subconduttori: l' atto contradditorio non deve esser interpretato oltre il limite delle circostanze di persona e di fatto che lo determinarono.

È notevole l' eccezione contenuta nell' art. 1958, n. 3, per la quale i creditori del conduttore hanno il diritto di sottentrare nelle ragioni di questo, di sublocare durante il tempo pel quale il locatore esercita il suo privilegio, quantunque ciò fosse vietato nel contratto di locazione, e di esigere le pigioni e i fitti, pagando al locatore tutto ciò che gli fosse dovuto con privilegio, e cautelando inoltre pel credito non ancora scaduto.

16. Se si manca al divieto, il locatore può domandare, secondo l' art. 1165, o che il contratto si esegua, cioè che si espella il subconduttore, o che si sciolga. La risoluzione deve essere domandata giudizialmente e può essere concessa al conduttore una dilazione secondo le circostanze per riprendere il godimento della cosa e conformarsi alle condizioni del contratto (Art. 1165). La risoluzione avviene di diritto, se così fu espressamente stipulata.

Alla Cassazione di Torino la sublocazione fatta senza permesso scritto del locatore non parve infrazione di alcuno degli obblighi principali del conduttore e quindi non capace di portare alla risoluzione del contratto (2). Non crediamo necessaria una lunga confutazione per sostenere che violare il modo di godimento voluti dal locatore è infrazione d' uno degli obblighi principali scritti nell' art. 1583, ch' è di servirsi della cosa da buon padre di famiglia e per l' uso determinato nel contratto: vietata la sublocazione, l' uso fu determinato come uso *proprio*, *esclusivo* del conduttore.

VINCENZO SIMONCELLI.

---

(1) Cf. Sentenza 13 Ottobre 1885, Appello di Venezia (**Bettini**, 1886, 105).

(2) Sent. 29 Dicembre 1887 (**Bettini**, 1888, 328).

ONORANZE A GIUSEPPE MONTANELLI

Il 17 Luglio 1892 si inaugurava in Fucecchio un monumento a Giuseppe Montanelli. Intervennero alla solenne cerimonia S. E. il Comm. F. Martini, Ministro della Pubblica Istruzione, Senatori, Deputati, e numerose altre autorità civili e militari.

Scoperto il monumento, opera dello scultore Romanelli, il Ministro della P. I. pronunziò un notevole discorso. Successivamente il Prof. David Supino, rappresentante l' Università di Pisa, prese a dire in questi termini:

L' Ateneo Pisano si associa di gran cuore alle onoranze che questa antica e nobile terra tributa a Giuseppe Montanelli. — Giuseppe Montanelli ha pagine gloriose nella storia della Università nostra. — Non ancora ventenne vi consegue la laurea nel diritto, e già la potenza del suo ingegno, eminentemente speculativo, la vastità della sua dottrina, la bontà infinita dell' animo suo, si rivelano nell' arringo forense, nei Discorsi sulle relazioni fra la morale e l' estetica, e sull' amore nella poesia antica e moderna, nei suoi versi, pieni di sentimento e di dolce melanconia.

A 27 anni, nel 1840, sale la cattedra, chiamato a leggere diritto patrio e commerciale, e nuovamente afferma, anzi accresce il valor suo colla *Introduzione filosofica allo studio del diritto commerciale positivo*, ricca di acute osservazioni e di pensieri originali sul carattere delle leggi di commercio dei Romani, e sui rapporti fra gius civile e gius commerciale. — Lo schema delle lezioni, vergato di suo pugno, che devo alla gentilezza ed amicizia di un collega carissimo, attesta la larghezza e bontà del metodo, la profondità e l' acutezza delle osservazioni; pur tuttavia ad opere di maggior lena nella scienza da lui professata il Montanelli non dette mano; nè è perciò a muovergli soverchio rimprovero; la mente sua mal si piegava ad angustiarsi negli stretti limiti di una speciale disciplina, voleva spaziare in più vasti orizzonti, sentendo profondamente quel nesso che già l' antica filosofia di Platone e di Cicerone discopriva fra i vari rami dello scibile. Così, mentre professa il diritto, il Montanelli non perde di vista i prediletti studi filosofici e letterari, e di queste varie discipline si dà a studiare gli scambievoli rapporti. Alle sue antiche meditazioni sui rapporti fra

la morale e l'estetica, fa ora seguire uno studio sulla manifestazione filosofica del diritto, nel quale pone in rilievo i rapporti di questo con la morale, ed in una delle sue dotte prolusioni discorre della associazione fra la letteratura e il diritto, associazione che dimostra sentire profondamente, sebbene per vero l'anima del poeta soggioghi talvolta il pensiero del giurista.

Una pagine anche più gloriosa spetta a Giuseppe Montanelli negli annali dell'Ateneo Pisano. Allorquando egli vi professava il giure correvano quei tempi nei quali era delitto parlare di libertà, sogno di mente inferma il pensiero di una patria libera ed indipendente. Qui veramente grandeggia la figura di Montanelli, allorquando dalla cattedra infiamma i giovani all'amore della libertà, nella stampa periodica eccita il popolo alla riscossa, e nelle fratellanze segrete le prepara, suggellando poi col sangue l'opera sua, germe fecondissimo delle più tardi riconquistate libertà.

I tristi eventi che successero a quel tentativo glorioso di resurrezione tolsero il Montanelli alla Università nostra, la reazione austro-lorenese, con Decreto del 7 Maggio 1849, gli tolse la cattedra, ed egli, esule dalla patria sua, che pur non gli aveva risparmiato amarezze crudeli, cerca conforto negli studi filosofici e letterari, ma a questi sempre antepone il pensiero della patria, e nelle sue celebri *Memorie* egregiamente scrive sugli eventi trascorsi e sulle speranze di prossima resurrezione, nella quale aveva pienissima fede.

Più tardi, nel 1859, allorquando sorgono nuovi albori di libertà, impaziente di combattere parte da Parigi, terra d'esilio, e si arruola nei Cacciatori delle alpi, con Garibaldi, il nome del quale allora come ora non si pronunzia senza esser compresi da un sentimento profondo di ammirazione.

Rimasta incompiuta, per sorgere di impreveduti eventi, l'opera di redenzione, il Montanelli non si ristà dal propugnarne il compimento, e con ogni possa si adopera affinchè delle conquistate libertà si tragga il maggior frutto. Varietà di metodi e di criteri possono avere informato l'opera sua, ma l'obiettivo fu sempre costante.

Restituito alla cattedra con Decreto 6 Aprile 1862, l'accetta gratuitamente per poter far parte della Rappresentanza nazionale, bastandogli, egli scrive, l'onore di appartenere nuovamente a così illustre italiana Università come è quella di Pisa, ma purtroppo erano appena decorsi due mesi da quella tarda giustizia che un morbo crudele lo spegneva, in questa stessa terra che gli aveva dato i natali.

Vive però e vivrà sempre la tua memoria, o generoso apostolo della umanità!, ed alle tue care sembianze, qui degnamente scolpite, e che per voto, già troppo negletto, della Rappresentanza nazionale hanno da sorgere anche nel nostro Ateneo, si inspireranno le presenti e le future generazioni per difendere quelle libertà per le quali hai combattuto così aspre battaglie.

BIBLIOGRAFIA

1. **Ciro Luporini.** — *Il principio etico giuridico in relazione all' economia civile.* — Lucca 1892.

È un libro questo del quale è impossibile fare una critica nel campo scientifico, poichè l'A. è seguace della scuola *etica*, e accetta ampiamente « come verità indiscutibili » *l'esistenza di un ordine provvidenziale, l'esistenza di una legge morale, universale, immutabile, necessaria, assoluta, eterna, divina* (p. 98 e 104 *passim*), *di un ordine prestabilito dalla Sapienza creatrice, il libero arbitrio più illimitato* ecc. E a completamento di tutto ciò riconosce « una sanzione che si estende oltre i limiti della vita terrena » (p. 104). Questi principî dell' A., (poichè non sono che credenze e quindi hanno una base prettamente teologica) non possono in nessun modo discutersi e sono fuori del campo scientifico.

Tutto il lavoro ci sembra eccessivamente dottrinario, e non vi abbiamo potuto trovare nemmeno una idea un po' originale.

Quanto alla *biologia* e alla *sociologia*, l'A. riconosce che queste scienze possono rendere incalcolabili servigi alle scienze morali, alla economia (p. 119): ma vuole che si tenga ferma la differenza « tra organismi fisici e organismi etici in forza della quale si hanno a tenere distinte le investigazioni proprie esclusivamente a quest' ultimi (p. 121) ». È sempre il solito ritornello: *sociologia*, *biologia* e *antropologia* debbono andare da buone alleate colla divina Provvidenza, colla credenza più o meno larvata del libero arbitrio ecc.!!

L'A., inoltre, combatte la dottrina dell' evoluzione e gli studi positivi della scienza moderna a forza di declamazioni (*p. 122 e seg. nota*). Sembra che ritenga inconciliabili colla dottrina evoluzionista la « sosta, il regresso, la rovina ecc. » di molti popoli che avevano già conseguito un alto grado di perfezione (p. 125 in nota), poichè intende l'A. che l'evoluzione consista in un progresso indeterminato, fatale, e che noi ci possiamo dispensare dal preoccuparci di quello che sarà domani, tanto il corso verso il progresso va avanti da per sè. La qual cosa dimostra a chiare note che l'A. non è entrato nel vero senso delle teorie evoluzioniste, poichè evoluzione secondo Darwin indica non tanto uno svolgimento positivo o progressivo quanto regressivo. E chi anche versato mediocremente in queste materie non ha sentito parlare di reversione a stati

primitivi, di arresto di sviluppo ecc.? La teoria evoluzionista non porta alla inerzia, come sembra credere l'A. su le orme di Sbarbaro e degli altri (da cui ci sembra che attinga piuttosto che alle fonti della scienza positivista), poichè l'uomo colla sua volontà e intelligenza può produrre vantaggiose variazioni (p. 126 in nota) che non si avrebbero spontaneamente. L'A. combatte le teorie moderne affermando il libero arbitrio come ampiamente dimostrato dal senso comune e dall'opinione universale e perchè dal libero arbitrio sorge come necessario e naturale compito la carità, (e non la lotta per l'esistenza), mentre poi scientificamente non sa portare a sostegno della libertà umana che quel vecchissimo argomento dell'interna coscienza confutato e riconfutato poi. Insomma l'A., partendo dai suoi presupposti teologici, trova che le dottrine moderne sono inaccettabili « per le esagerate analogie tra i fenomeni umano-sociali e quelli fisico-animali ». Manca ogni critica seria sul campo propriamente scientifico. L'A. è nè più nè meno che un teologo-metafisico; fa un miscuglio di scienza e di credenze, e la prima confuta con le seconde. Non avrebbe fatto cosa più utile opporre fatti a fatti, osservazioni positive ad osservazioni e non combattere colle credenze e colle declamazioni?

Quanto alla questione sociale, l'A. se la passa ammettendo lo *statu quo*, ma che più che si sale nei gradini sociali crescessero i doveri e una premurosa cura per gli strati sociali inferiori: il ricco debba premurosamente attendere che non manchi il necessario al povero. Belle teorie davvero! — ma non sarebbe meglio e più utile prender gli uomini *come sono* dominati essenzialmente dal proprio egoismo quando s'entra nel campo dei materiali interessi!

Poco profondo è il §. V dove si svolge la dottrina dello Stato e delle sue funzioni, e strano è quello che l'A. dice intorno ai bisogni dell'uomo per salvare, al solito, il libero arbitrio. Così secondo lui i bisogni per quanto naturali non possono determinare la volontà umana, ma semplicemente eccitarla!

FRANCESCO MAGRI.

2. Prof. **Giuseppe Manfredini.** *Dell'esecuzione forzata.* — Bologna, Zanichelli, 1892.

È questo un lavoro che si può ritenere come una monografia a sè stante, ma che d'altra parte si può armonizzare con i due precedenti del medesimo autore. Perocchè congiungendo insieme queste diverse opere ne risulta un programma completo di diritto giudiziario civile, che speriamo sarà dall'autore stesso integrato, ristampando gli altri volumi la cui edizione è già esaurita e proporzionandoli con questo. Da varî accenni che prendiamo quasi testualmente e da diverse distinzioni, ecco come si potrebbe ricostruire il piano generale del diritto giudiziario civile, secondo il metodo e i criterî dell'A. La prima parte è determinata dal primo postulato del diritto giudiziario, dalla necessità cioè che lo Stato offra ai cittadini il giudice e stabilisca la gerarchia della magistratura: il quale postulato dà origine in altri termini alla teoria dell'ordinamento giudiziario. Segue in secondo luogo l'azione civile, necessaria all'individuo per invocare dal

giudice la tutela del suo diritto. La terza parte del diritto giudiziario civile si rivolge alla determinazione del giudice appropriato ad ogni speciale controversia, e tratta perciò della giurisdizione e della competenza. In quarto luogo conviene portare davanti al giudice così stabilito gli elementi ond'egli possa convincersi del diritto d'una delle parti contendenti: da ciò deriva la teoria delle prove. La quinta parte è destinata agli atti e alle forme con cui il diritto si dimostra e si difende, cioè al rito. La sesta concerne il pronunciato del giudice, il quale decide a favore o contro il diritto preteso; o in altri termini essa tratta della sentenza, e conseguentemente della perfezione o della intaccabilità del pronunciato del giudice, indicando poi i mezzi per impugnarlo. La settima infine riguarda l'esecuzione mobiliare e immobiliare. Sull'esecuzione mobiliare verte appunto il volume testè uscito.

Ecco adunque come il diritto giudiziario civile è dall'A. bene equilibrato con una distribuzione logica delle singole parti, la quale sostituisce alla nuda esegesi, che per solito usano i commentatori del nostro codice, un complesso sistematico e razionale, pure non omettendo le singole questioni pratiche.

Così nel titolo primo del volume suaccennato, che riguarda le *Regole generali,* stanno raccolte con sintesi accurata alcune prenozioni sulla necessità dell'esecuzione forzata. Vi si riassumono le difficoltà gravissime che il legislatore italiano dovette superare per proteggere da una parte le obbligazioni, dall'altra la proprietà, e per conciliare non soltanto gli interessi contrarî che in tale materia si trovano in lotta, ma per armonizzare altresì i varî sistemi ed istituti che prima dell'unificazione legislativa imperavano nelle regioni d'Italia, talora assai diverse nelle consuetudini e nelle condizioni locali.

Il Manfredini tratta più innanzi dell'oggetto e del soggetto dell'esecuzione forzata, dei sistemi generali di esecuzione, e dei principî che dominano questa parte così importante del diritto procedurale; e, tra i varî argomenti che troppo lungo sarebbe ricordare, nei quali tutti si scorge un'erudizione larga e profonda, un arguto criterio critico, e — dote assai più rara che non si creda in uno scrittore — la coscienziosa soggettività delle citazioni, va notata per finezza d'analisi e per severità di trattazione quella parte che studia la condizione giuridica dei beni in liquidazione.

In due capi distinti sono determinate le condizioni essenziali e formali per procedere all'esecuzione forzata. Qui notiamo lo studio dell'esecuzione forzata in rapporto ai beni componenti un'eredità giacente o beneficiaria e ai beni dotali, e l'esegesi del tanto combattuto art. 134 del codice civile italiano, considerato sotto il punto di vista della necessità o meno di notificare anche al marito il titolo esecutivo e il precetto, quando si procede sui parafrenali della moglie. L'autorizzazione maritale, in questo argomento, è dal Manfredini assolutamente esclusa; e, secondo noi, senza possibilità di ulteriore discussione dopo il suo commento del codice e le sue diverse confutazioni e deduzioni logiche, che non s'acquetano iu un esame superficiale, ma che mettono acutamente a nudo il nucleo della questione.

Viene poi fissata e svolta con ampio corredo di argomentazioni la essenza del precetto, e i requisiti, e l'indole, e l'efficacia sua; e vorremmo qui che lo spazio ci permettesse di rilevare quei pregi che in un' opera rigorosamente scientifica ad un esame superficiale spesso sfuggono, quasi strozzati dall' aridità del tema, ma che costarono tanta fatica e racchiudono tanto lavorio d' ingegno. Non lasciamo di ricordare, tra i tanti, il capitolo che tratta dell' applicabilità dell' art. 566 al precetto anche immobiliare.

Due brevi, ma complete monografie, in molti punti improntate a uno spiccato carattere di opinione individuale sulla competenza e il procedimento e sulla domanda di surrogazione, chiudono il titolo primo dell'opera.

Il titolo secondo é consacrato esclusivamente all'esecuzione mobiliare. Anche a questa sono premesse alcune nozioni d' indole generale; poi subito l'A. si occupa della esecuzione sui mobili presso il debitore, sui frutti pendenti, sui beni del debitore presso terzi; della vendita e dell' aggiudicazione dei mobili pignorati; delle opposizioni, dell'assegnazione e della distribuzione del prezzo; e per ultimo l' A. si sofferma a discutere sull'appello nei giudizi esecutivi mobiliari, e ad analizzarne tutte le questioni essenziali e formali che vi si attengono.

Abbiamo rapidamente accennato ai limiti dell' interessante lavoro, e fuggevolmente ne abbiamo raccolto alcuni tra i pregi che nemmeno il critico più severo potrebbe disconoscere. L'A., a nostro avviso, ha studiato l' arduo argomento a lungo, con copia e con varietà di cultura giuridica, con finissimo intuito e sopratutto con quella geniale serenità che dalle prime alle ultime pagine avvince quasi in una stretta simpatica il pensiero del lettore all' ardua severità della materia.

Grandissimo vantaggio potranno gli studiosi ritrarre da quest'opera; sia che essi abbiano a completare la coltura troppo circoscritta che l' insegnamento universitario della procedura civile concede; o abbiano ad avvalorarne le cognizioni teoriche e pratiche, in un rapporto armonico tra la parte scientifica e la parte — diremo così — professionale; od abbiano a correggere quelle false interpretazioni ed applicazioni della legge che per tanti anni, dopo l'unificazione legislativa, ebbero, con grave danno dell'amministrazione della giustizia, ad inceppare e a snaturare il diritto giudiziario.

L. Rossi.

Filippo Serafini *proprietario e responsabile*

L' AZIONE CONTRO IL *FICTUS POSSESSOR*

NEL DIRITTO CIVILE ROMANO ED ITALIANO

SOMMARIO

Obbietto del lavoro e ragione del titolo.

CAPO I.

L' azione contro chi per fatto proprio ha cessato di possedere.

1.° Introduzione della *ficta possessio* mercè il S. C. *Iuventianum* — Concetto e scopo.

2.° Estensione subbiettiva di tale *fictio iuris.*

3.° Estensione obbiettiva.

4.° Ordine della trattazione.

5.° Considerazioni generali sul dolo e sulla colpa, secondo il S. C. in esame.

6.° L' abbandono della cosa non esonera il *fictus possessor* da ogni responsabilità.

7.° Contenuto giuridico dell' azione contro il finto possessore.

8.° *Iusiurandum in litem aestimatorium* ed *aestimatio* determinata dal giudice.

9.° La condanna del *fictus possessor* considerata in rapporto ai vari modi di dismessione del possesso — Distruzione e specificazione.

10.° Alienazione della cosa — Scelta fra l' azione contro il *fictus* od il *verus possessor* e loro relazione giuridica.

11.° Se e quando ne sia ammissibile il cumulo — Disamina di vari frammenti che lo ammettono evidentemente.

12.° Opinione contraria di alcuni scrittori sul fondamento della l. 46 Dig. (6. 1) — Confutazione.

13.° Opinione del **Molitor** sul fondamento della l. 71 Dig. (6. 1) — Confutazione.

14.° Opinione del **Voet** e di altri interpetri sul fondamento delle ll. 24, 25, 26 Dig. (9. 4) — Confutazione.

15.° Opinione del **Donello** e del **Glück** — Confutazione.

16.° Opinione del **Gesterding** e giusta confutazione del **Vangerow.**

17.° Due altre osservazioni sulla discorsa quistione: Confronto fra due testi di **Paolo** ed altri due di **Giuliano** — Conciliazione tra la l. 69 (6, 1) e la l. 12 *de re iudicata* (42, 1).

18.° Natura giuridica dell'azione contro il *fictus possessor* — Confutazione dell'opinione di coloro che la considerano una *actio in rem* vera e propria, e dimostrazione del suo vero carattere di *actio in personam ex delicto.*

19.° Se l'*aestimatio* prestata dal *fictus possessor* fosse una indennità od una ammenda — Comune opinione degli scrittori — Decisioni romane contraddittorie — Esposizione dell'opinione conciliativa del **Labbé**.

20.° Difesa del cumulo delle due azioni dall'accusa di essere contrario allo stretto diritto ed all'equità.

21.° Ragioni per cui l'azione contro il finto possessore aveva in Diritto romano la forma processuale di *actio in rem.*

22.° Rapporto giuridico fra l'*actio in factum* dell'Editto pretorio e l'azione del S. C. *Iuventianum.*

23.° Del caso in cui la dismessione del possesso sia avvenuta in buona fede — Diverso fondamento giuridico e conseguenza circa il cumulo delle due azioni

24.° Della *condictio Iuventiana.*

25.° Dell'*actio negotiorum gestorum*, concessa eccezionalmente *utilitatis causa.*

26.° L'azione contro il *fictus possessor* nel diritto intermedio.

27.° Ammissibilità della *fictio iuris* romana nel diritto francese — Art. 439 Cod. civ. it. e suoi precedenti storici.

28.° Contro chi possa sperimentarsi l'azione revindicatoria — Anche oggi si verifica la *fictio iuris* romana, ma limitatamente alla dismessione del possesso *inter moras iudicii.*

29.° Indole dell'azione contro *qui dolo desiit possidere* nel diritto civile italiano — In che differisca dall'azione di danni — Confutazione dell'opinione di quelli che la credono inutile, essendovi l'*actio pauliana.*

30.° Condizioni pel suo esercizio:

a) Dismessione del possesso *dopo la domanda giudiziale.* Quid dell'alienazione *ante litem motam:* Inammissibilità della *fictio iuris* romana — Azione di danni e distinzione fra il possessore di buona e di mala fede — Alienazione *ex necessitate.*

31.° Continua. *b*) Dismessione del possesso per *fatto proprio* — Ammissibilità della distinzione romana nel caso di perdita del possesso per caso fortuito o forza maggiore.

32.° Suo contenuto giuridico nel diritto moderno. Obbligo *principale* del recupero della cosa — Prestazione *sussidiaria* dell'*aestimatio rei* e sua determinazione.

33.° L'azione contro più *ficti possessores* e contro gli eredi del *fictus possessor* — Differenza fra la legislazione romana ed italiana.

34.° Nel diritto moderno non è ammissibile, come nel diritto romano, il cumulo delle due azioni — Scelta fra due diritti alternativi.

35.° Non vi è nel diritto italiano vero concorso *elettivo*, come pel Cod. austriaco, ma concorso *successivo*.

36.° Le cause che metton fine all'azione di revindicazione estinguono anche quella contro *qui dolo desiit possidere?* Dell' *interitus rei* e della prescrizione.

37.° Scopo della disposizione del cap. dell'art. 439 e varia procedura, cui può andar soggetto il diritto del revindicante.

38.° Confronto fra l'art. 439 cap. e l'art. 1546.

39.° Il S. C. di Adriano fu introdotto per la *petitio hereditatis*. *Quid iuris* di tale azione nel diritto moderno?

40.° Non può sperimentarsi la *petitio hereditatis* contro chi ha cessato di possedere le cose ed i diritti ereditari *ante litem motam* — Confutazione dell' opinione contraria del **Tartufari**.

Capo II.

Dell' azione contro chi simuli il possesso.

41.° Condizioni perchè sussista la figura giuridica del *liti se offerens* — Scopo della *fictio iuris*.

42.° Condizioni per la sua responsabilità.

43.° Condanna *quasi possideret*.

44.° Carattere giuridico dell' azione.

45.° Inammissibilità nel diritto moderno della dottrina romana.

Capo III.

Se il giudicato contro **qui dolo desiit possidere** *faccia stato anche contro il terzo possessore non intervenuto in giudizio.*

46.° Requisiti essenziali per l' esercizio dell' *exceptio rei iudicatae*.

47.° Significato giuridico della identità subbiettiva.

48.° Condizioni per la estensione del giudicato — Distinzione secondo il contenuto della sentenza favorevole o contrario al dante causa — Divisione della trattazione in rapporto all' epoca in cui è avvenuto il trasferimento del diritto.

49.° Dei successori nei diritti reali mobiliari, dal punto di vista della teorica in esame.

50.° Dei successori nel dominio di una cosa immobile — Aventi causa con titolo anteriore alla istituzione del giudizio.

51.° Dottrina del diritto romano e sua inammissibilità nel diritto moderno.

52.° Se esercitano influenza sui principi innanzi esposti le norme circa l' efficacia degli atti traslativi di propietà rispetto ai terzi (1933, 1942 Cod. civ.).

53.° Aventi causa con titolo posteriore all' introduzione del giudizio ed anteriore al giudicato — Effetti della *litis contestatio* romana sulla novazione del diritto e sulla inalienabilità della cosa litigiosa — Carattere dell' *exceptio litigiosi.*

54.° Nel diritto intermedio fu accolta la dottrina romana.

55.° Nuovo sistema seguito dai moderni legislatori — Carattere della contestazione della lite nel diritto moderno — Solo il precetto immobiliare rende inalienabile il fondo non la pendenza della lite.

56.° La maggior parte degli scrittori estendono l' efficacia della sentenza ottenuta contro *qui dolo desiit possidere* anche contro il terzo acquirente, e con vari argomenti — Opinione fondata sulla *servitù di litigio* e sul *quasi contratto giudiziale* — Confutazione.

57.° Opinione che distingue lo stadio del giudizio anteriore alla contestazione della lite da quello *posteriore* — Confutazione.

58.° Distinzione fra l' acquirente *sciente* e quello *ignaro* della lite — Confutazione.

59.° Si sostiene l' estensione del giudicato, argomentando dall' art. 1933 n.° 3 — Confutazione.

60.° Teorica della rappresentanza *reale* — Confutazione.

61.° La rappresentanza fondata sulla *cessione dei diritti* non può giustificare l' estensione del giudicato contro l' acquirente *iudicio pendente.*

62.° Opinione della Corte di Cassazione di Firenze — Confutazione.

63.° Non vi è alcuna ragione per preferire i diritti del revindicante a quelli del terzo acquirente.

64.° L' art. 439 risolve la quistione nel senso che la sentenza contro *qui dolo desiit possidere* non fa stato contro l' acquirente nelle more del giudizio.

65.° Avente causa con titolo posteriore alla sentenza.

66.° Esecutorietà del giudicato nel diritto romano, intermedio, ed italiano.

67.° Per la sicurezza degli acquisti e per maggiore garanzia dei diritti del revindicante, si fa voti per la trascrizione delle domande di revindicazione — Sistema prussiano.

L' azione reale, prescindendo da qualsiasi rapporto di obbligazione, ha per oggetto diretto ed immediato la cosa già propria e la persegue presso qualsiasi possessore o detentore si trovi.

L' azione di revindicazione è azione reale, poichè con essa ci proponiamo di costringere il convenuto a riconoscere il nostro diritto di proprietà ed a rilasciare in conseguenza il possesso della cosa revindicata.

Non è quindi esperibile una tale azione che contro colui che ha il possesso *attuale* della cosa, sia perchè egli solo ha la *fa-*

cultas restituendi, sia perchè il fatto del possesso o della detenzione contro il volere del proprietario costituisce la lesione di tal diritto.

Ma se il possessore ha cessato di possedere ed il proprietario, per un motivo qualsiasi, non possa intentare la revindicazione contro il terzo, quale sarà il suo diritto contro *qui dolo desiit possidere?*

Quale diritto avrà egli contro chi, per distornare l'esercizio dell'azione reale contro il vero possessore, si sia offerto quale volontario convenuto, affermando dolosamente di possedere?

Son queste le due figure giuridiche ben distinte di ciò che in diritto romano costituiva la *ficta possessio*, e che hanno tuttavia, come meglio vedremo in prosieguo, il medesimo fondamento giuridico, cioè il dolo del convenuto; possono sorgere entrambe ad occasione di un giudizio di revindicazione; ed ha l'azione, nell'un caso e nell'altro, il medesimo contenuto giuridico.

Il Cod. civ. italiano ricorda in gran parte, nell'art. 439 cap., l'antica dottrina romana del *qui dolo desiit possidere* e nulla dice circa il *qui liti se obtulit*. Studieremo se ed in quanto la dottrina romana sia applicabile sotto l'impero del nostro codice, ed indagheremo infine se il giudicato di revindicazione ottenuto contro il *fictus possessor* faccia stato contro il terzo.

È questo l'obbietto del nostro lavoro, cui abbiamo dato tal titolo, non perchè credessimo del tutto accettabile la *fictio iuris* romana, ma solo per comprendere, con unica espressione, le due ipotesi giuridiche summentovate.

CAPO I.

L'azione contro chi per fatto proprio ha cessato di possedere.

1.° La giustizia esige imperiosamente che il convenuto risponda di ogni suo fatto, diretto a sfuggire all'adempimento degli obblighi, che potranno essergli imposti da un giudicato.

Nella legislazione romana, il convenuto rispondeva del suo dolo posteriore alla *litis contestatio*, sia per la *clausola doli* compresa nella *cautio iudicatum solvi*, sia pel principio del *judicium acceptum*, che fissava in quel momento la posizione giuridica delle parti contendenti, per modo che non poteva più alcuna di esse modificarla per dolo.

Ma *quid* rispetto al dolo anteriore?

Dapprima il pretore « qui omnibus modis id agit ne cuius deterior causa fiat ex alieno facto » decise che colui il quale, prevedendo un processo, alienava la cosa che ne doveva essere l'oggetto, per opporre un altro avversario più potente o domiciliato in una provincia diversa, era tenuto, mercè una *actio in factum*, ai danni ed interessi, tranne che, ravvedendosi a tempo, consentisse sostenere il processo sull'azione reale, ll. 1, 3 §. 5 Dig. (4, 17).

Or questa circostanza speciale del *molestus adversarius* poteva non presentarsi, ed in tal caso l'alienazione, anche fraudolenta, non ricadeva sotto la prescrizione dell'editto: « ..... potest autem aliquis dolo malo desinere possidere, nec tamen iudici mutandi causa fecisse, nec hoc edicto teneri..... » l. 4 § 1 Dig. (4, 7).

Per provvedere adunque a siffatto inconveniente, un Senatoconsulto, reso sotto Adriano e volgarmente conosciuto, senz'alcuna valida ragione, col nome di S. C. *Iuventianum*, stabilì la regola generale contenuta nella l. 157 § 1 Dig. (50, 17): « Semper qui dolo fecit quo minus haberet. pro eo habendus est ac si haberet ».

Tale S. C., introdotto per la *hereditatis petitio (actio in rem generalis)*, fu posteriormente esteso, come dice Paolo, nella l. 27 §. 3 Dig. (6, 1), anche alla *rei vindicatio (actio in rem specialis)*, ed è testualmente riferito nella l. 20 §. 6 Dig. (5, 3) così: « ..... Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint quo minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent; eos autem qui iustas causas habuissent quare bona ad se pertinere exsistimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent ».

Fu così introdotta una *fictio iuris*, mercè la quale, si considerava che continuasse il possesso in chi, prima o dopo la *litis contestatio*, lo aveva dolosamente dismesso. I Romani giureconsulti introdussero una tale finzione, movendo dal concetto, che niuno potesse col proprio dolo migliorare la sua condizione giuridica, onde la regola espressa nella l. 131 Dig. (50, 17): « Dolus pro possessione est (1) ».

Per quali motivi sia stata accolta nel diritto romano questa *fictio iuris*, ed in quali rapporti sia con l'*actio in factum* del-

(1) C'est ainsi que la chose due est réputée subsister encore à l'egard du débiteur, lorsque elle à péri par son fait ou après sa mise en demeure. **Accarias,** *Precis de droit romain*, Vol. 1, p. 974 nota.

l'editto pretorio l'*azione contro il finto possessore*, vedremo in seguito, trattando della sua indole giuridica.

Giova innanzi tutto determinare la estensione subbiettiva ed obbiettiva della finzione introdotta dal S. C. Giovenziano.

2.° Con le espressioni — *qui dolo desiit possidere*, *qui dolo fecit quominus possideret* — non va inteso soltanto chi per dolo ha cessato di possedere, ma anche chi per semplice colpa. Ciò risulta assai chiaramente dalle parole stesse del S. C., ed anche meglio dalla interpetrazione fornitaci dal giureconsulto Paolo, nella l. 25 §. 2 Dig. (5, 3): « Quod ait Senatus: Eos qui bona invasissent.... ita intelligendum est, ut et *dolus* preteritus in petitionem hereditatis deduceretur, sed et *culpa*.

Non è evidentemente compresa la dismessione del possesso *ex necessitate*.

3.° In quanto poi alla estensione obbiettiva, si rispondeva come *fictus possessor*, non solo allorchè si fosse distrutta od alienata la cosa, ma anche quando si fosse cessato di possederla *soltanto* nella *species* in cui poteva essere rivendicata, cioè nel caso in cui *scientemente* si fosse trasformata la cosa altrui, mercè specificazione od incorporazione, poichè *extinctae res vindicari non possunt.*

Tale principio si applicava inoltre, come avverte Ulpiano nella l. 68 in fine (6, 1), oltre alle azioni reali anche a gli interdetti ed alle azioni personali, dirette contro un terzo, in quanto possessore o detentore della cosa, cioè nella maggior parte delle *formulae arbitrariae.* Si applicava quindi all'*actio ad exibendum* (l. 9 pr. §. 2 Dig. 10, 4), alle *azioni nossali o adiectitiae qualitatis* (l. 24 Dig. 9, 4), all'*actio rerum amotarum* (ll. 3, 1, 4 Dig. 25, 2), alle azioni nascenti dall'interdetto *quod vi aut clam* (l. 15 §. 10 Dig. 43, 24), ed in qualche altro caso ancora.

4.° Per determinare con precisione la responsabilità giuridica del *fictus possessor*, crediamo utile ordinare la trattazione dell'argomento, tenendo conto del momento della cessazione del possesso e di quello dell'esercizio dell'azione da parte del proprietario.

In quanto al primo momento, fa d'uopo considerare se la dismessione del possesso sia avvenuta:

1) Per dolo o per colpa soltanto; ed in quest'ultimo caso distinguere il *bonae fidei* dal *malae fidei possessor.*

2) Prima o dopo la *litis contestatio.*

In quanto poi al secondo momento, bisogna tener conto dello stato della cosa presso il terzo possessore e propriamente:

1) Se esista o pur no.

2) Se sia o no capace di revindicazione.

Da queste varie circostanze di fatto derivano, come vedremo, importanti conseguenze giuridiche, ma dapprima alcune considerazioni generali.

5.° Il S. C. *Iuventianum* fu molto rigoroso nel reprimere la frode civile; esso infatti considerava responsabile come possessore non solo chi, pendente il giudizio, cessava di possedere la cosa, obbietto della lite, ma chiunque, avendo posseduto in un'epoca qualsiasi, ne avesse dismesso il possesso *ante litem motam.* Il dolo consisteva nell'aver disposto della cosa, conoscendo di non esserne proprietario; sicchè non vi era dolo nel solo caso speciale dell'*alienatio judici mutandi causa*, ma anche quando, indipendentemente da qualsiasi minaccia di probabile revindicazione, si fosse compiuto un' atto di proprietà da chi non aveva l'*opinio dominii.*

Ciò risulta assai chiaramente dal testo del S. C., innanzi riferito.

Era necessario però che il dolo esistesse al momento della dismessione del possesso, e quindi la buona fede anteriore non avrebbe esonerato il *fictus possessor* delle conseguenze del suo fatto doloso.

In quanto poi alla colpa, è da notarsi, che la distinzione tra il *bonae* ed il *malae fidei possessor* è ammissibile solo allorchè la cessazione del possesso sia avvenuta prima della *litis contestatio.* Poichè, se è vero che, non ostante l'esagerato frammento di Ulpiano 25 §, 7 Dig. (5, 3), il possessore di buona fede non fosse del tutto assimilato dopo la *litis contestatio* a quello di mala fede (1), non può d'altra parte mettersi in dubbio che, per il vincolo obbligatorio derivante dal *judicium acceptum*, debbasi prestare in ogni caso, dopo la *litis contestatio*, anche la colpa.

Ciò poi risulta nel caso nostro dalle ll. 21, 63 Dig. (6, 1) (2).

6.° Potrebbe il possessore di mala fede sfuggire alla condanna, abbandonando la cosa, avendola cioè, *pro derelicta?*

Si deve accogliere, senza dubbio, la risposta negativa.

Egli si è impossessato della cosa altrui senza alcun diritto, e quantunque, abbandonandola, metta termine alla sua usurpazione, rimane sempre obbligato verso il proprietario per il suo fatto illecito,

(1) Consulta **Maynz,** *Cours de droit romain*, Vol. I, p, 784. *Observation 1re* che lo dimostra con gran copia di argomenti tratti dalle fonti.

(2) Ved. **Vangerow,** *Lehrbuch der Pandekten*, Vol. I, §. 332, p. 648.

È chiamato *praedo* nelle fonti (l. 13 §. 8 Dig. (5, 3); l. 126 Dig. 50, 17), ed è ritenuto responsabile anche quando non vi sia una vera trasmissione di possesso ad un terzo. Ciò risulta evidentemente dalla espressione larga: « dolo fecit quominus possideret », ed anche meglio dalla frase: « dolo malo amittere possessionem » di cui ci parla Ulpiano nella l. 13 §. 14 Dig. (45. 3).

7.° Or, ciò premesso, quale è il contenuto giuridico dell'azione contro il finto possessore?

Il *fictus possessor* vien considerato nelle fonti come un vero possessore, e la l. 131 Dig. (50, 17) dice: « Qui dolo desierit possidere, *pro possidente damnatur*, quia pro possessione dolus est ».

In un giudizio petitorio, intentato contro l'*attuale* possessore della cosa, il convenuto soccumbente deve restituire *rem cum omni causa*, e, se non obbedisce *jussu judicis*, l'attore ha la scelta fra la restituzione forzata *manu militari* e l'*aestimatio rei seu litis*. Invece il *fictus possessor*, avendo già cessato di possedere la cosa obbietto della lite, non ha più la *facultas restituendi* e quindi non può esser condannato che all'*aestimatio litis* l. 68 Dig. (6. 1).

Ma quale è il valore dell'*aestimatio rei seu litis?*

« In petitione dandi », dice il Donello, equivale « a quanti ea res est quae petitur, in petitione facti in id quod interest ». Tuttavia l'espressione *aestimatio rei* ha in alcuni testi (p. e. l. 1 §. 4 Dig. (2, 3); l. 193 Dig. 50, 16) un significato più ristretto, non denotando il diritto di obbligazione tutto intero, ma soltanto l'oggetto della prestazione, il valore della cosa perita, indipendentemente da qualsiasi danno indiretto o mediato.

8.° Ora Ulpiano nella legge citata 68 Dig. (6, 1) dice, che, quando si è dolosamente cessato di possedere, il *fictus possessor* è condannato *quanti actor in litem aestimandam juraverit*, aggiungendovi anche, *sine ulla taxatione in infinitum.* Ma lo stesso Ulpiano, nella l. 4 §. 2, 3 Dig. (12, 3), ed il giureconsulto Marciano, suo contemporaneo, nella l. 5 pr. §. 1, 2 Dig. (12, 3), espressamente affermano che possa il giudice nel deferire il giuramento determinarne un *maximum.*

Il Glück, scartando con ragione i tentativi di conciliazione della Glossa e del Fabro, ben dice: « Se si distinguono i limiti della concorrenza delle due funzioni, di quella del giudice e di quella dell'attore, è tolta via ogni contraddizione ».

Quando invece la dismessione dal possesso fosse imputabile alla colpa soltanto del convenuto, l'*aestimatio litis* veniva determinata dal giudice l. 4 §. 4 Dig. (12, 3). L'attore però poteva sempre, per delicatezza, od altri motivi, rinunziare al suo diritto del *jusiurandum in litem*, rimettendosene all'*aestimatio* da determinarsi dal giudice l. 71 Dig. (6, 1).

Ma tale rinunzia non faceva sorgere dei diritti in suo favore, come vorrebbe qualche scrittore, e come meglio vedremo fra poco.

9.° Determinata così la condanna del *fictus possessor*, bisogna ora considerarla rispetto ai vari modi con cui si poteva cessare di possedere. Se si fosse in mala fede distrutta o specificata la cosa, la condanna era identica a quella che si sarebbe pronunziata contro l'attuale possessore. Il principio « condemnandus quasi possideret » era in questo caso di una verità assoluta e di una evidente equità.

Ma si poteva anche cessare dal possedere, trasmettendo ad altri la cosa. Tale ipotesi dà luogo a non poche difficoltà, ed a non lievi divergenze fra i romanisti antichi e moderni.

10.° Se la cosa esisteva presso il terzo possessore ed era capace di rivendicazione, l'attore poteva agire, a sua scelta sia, contro il *verus* sia contro il *fictus possessor*.... « quem elegeris conveniendi tibi tributam esse jure facultatem ». l. un. C. (2, 55).

Era il proprietario perfettamente libero in tale scelta, entrambi essendo dinanzi a lui responsabili; nè poteva esser costretto dal *fictus possessor* a convenire dapprima in giudizio l'attuale possessore.

Però se in seguito alla domanda diretta contro l'ex-possessore, si presentava l'attuale possessore, e dichiarava di esser pronto a sostenere il processo, l'attore era tenuto ad abbandonare la sua prima istanza ed accettare il dibattimento offertogli da quest' ultimo.

Se il proprietario otteneva dall'attuale possessore la restituzione integrale della cosa *cum omni causa*, il *fictus possessor* era assoluto, poichè l'atto di trasferimento, benchè illecito, non aveva arrecato pregiudizio di sorta. Se invece il terzo possessore non operava una restituzione piena, per le condanne pecuniarie derivanti da danni arrecati alla cosa, da frutti indebitamente percepiti ecc., era sempre responsabile il *fictus possessor*, e poteva essere anch' egli mantenuto in causa.

« Item si quis dolo fecerit quominus possiderit, hereditatis petitione tenebitur. Sed si alius nactus possessionem quam ego dolo malo amiseram, paratus sit judicium pati, Marcellus libro quarto Digestorum tractat, ne forte evanescat adversus eum, qui desiit, litis aestimatio; *et magis evanescere ait, nisi petentis interest* ». l. 13 §. 14 Dig. (5, 3).

Esercitata adunque *felicemente* l'azione contro l'attuale possessore, si estingueva quella contro l'antico, nè era possibile alcun cumulo.

11.° Ma se il proprietario aveva agito dapprima contro il *fictus possessor*, e ne aveva ricevuto l'*aestimatio litis*, poteva poi agire anche contro colui che possedeva la sua cosa? Cioè era in tal caso permesso il cumulo delle due azioni che non era possibile nell' ipotesi precedente? Quantunque assai controverso fra i romanisti, ci sembra risultare chiaramente dalle fonti la risposta affermativa.

Papiniano lo dice assai chiaramente nella l. 95 §. 9 Dig. (46 3): « Dolo fecisti, quominus possideres, quod ex hereditate ad alienum pertinente adprehenderas: si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit, quia nihil petitoris interest; *ceterum si tu ante conventus ex preterito dolo praestiteris nihil ea res possessori proderit* ». Ed Ulpiano nella l. 13 §. 14 (Dig. 5, 3): *Sed si is qui dolo desiit ante conveniatur eum qui possidet non liberabit.* Ciò risulta anche in modo non dubbio da varii altri frammenti e specialmente dalle ll. 7, Dig. (6, 1); 25, §. 8 Dig. (5, 3).

Tale è anche l'opinione di Paolo e di Pomponio, come indirettamente si desume dalle ll. 69, 70 Dig. (6, 1) che giova riportare integralmente. L. 69, Paolus libro XXIX ad Sabinum: « Is qui dolo fecit quo minus possideret, hoc quoque (cioè oltre al *jusjurandum in litem* di cui parla la l. 68 eod.) nomine punitur, quod *actor cavere ei non debet actiones, quas ejus rei nomine habeat, se ei prestiturum* »; l. 70 Pomponius libro XXIX ad Sabinum « nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, *ne in potestate cujusque sit, per rapinam ab invito domino rem justo pretio comparare* ».

L'aestimatio litis non era quindi considerata rispetto al *fictus possessor* come prezzo della cosa, e l'attore non era tenuto alla cessione delle azioni (*reivindicatio*, *actio ad exibendum*, *Publiciana*); egli invece conservava il suo diritto di proprietà e le sue

azioni per potere ottenere la restituzione della cosa dal possessore di essa (1).

Se invece la dismessione del possesso derivasse da un semplice fatto colposo dell' antico possessore, l'attore, ricevendo l' *aestimatio litis*, era in ogni caso tenuto alla cessione delle azioni. Ed anche quando il convenuto avesse trascurato di dimandare tale cessione non ne avrebbe sofferto alcun danno (*nulla captione afficietur*), poichè il pretore gli accordava l'*actio in rem Publiciana*, considerando il pagamento dell' *aestimatio* come giusta causa di possesso. l. 63 Dig. (6, 1).

12.° Non ostante i varii testi citati che ci sembrano assai chiari, e decisivi, non pochi scrittori contestano l' esattezza di tale dottrina con altri frammenti del D. Romano e, come contraria ai principii di equità, ma con poco fondamento, come or ora vedremo.

Alcuni scrittori, fondandosi su di un frammento di Ulpiano: « Litis aestimatio similis est emptioni », e specialmente sulla l. 46 Dig. (6, 1), ritengono che la *litis aestimatio* equivalga sempre ad una vendita, anche nel caso speciale della *ficta possessio.*

La l. 46 Dig. (6, 1) dice così: « Ejus rei quae per in rem actionem petita, tanti aestimata est, *quanti actor in litem juraverit*, dominium statim ad *possessorem* pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio quod ipse constituit ». (Paulus).

Ma tale opinione non è punto accettabile, poichè, quantunque la legge 46 citata parli del *jusjurandum in litem aestimatorium*, si riferisce tuttavia ad un altro ordine d' idee. Essa non prevede l' ipotesi del *fictus possessor*, ma del convenuto *contumax*, cioè di colui, che *pur avendo il possesso della cosa*, rifiuti senz' alcun giusto motivo di restituirla.

Al caso della contumacia si riferisce anche la l. 21 C. (3, 32) ed in cui si parla anche del jusjurandum aestimatorium: « *A possidentibus* vindicata mancipia, quorum dominium ad vos pertinere intenditis si posteaquam impleveritis intentionem, *haec non restituantur, jurisjurandi solemnitate secuta*, condemnatio procedere debet ».

(1) Notisi però che l'attore era sempre tenuto a cedere al *fictus possessor*, in conseguenza della prestazione dell' *aestimatio litis*, tutte le azioni che per la cosa medesima avrebbe potuto esercitare contro di lui, p. e. l'*actio legis Aquiliae.* Anche il ladro aveva diritto a tale cessione, l. 9 §. 1. Dig. De furtis, (47, 2).

Se invece la l. 46 si riferisse, come erroneamente si crede da questi scrittori, alla *ficta possessio,* sarebbe in contraddizione con sè stesso il giureconsulto Paolo, autore anche della l. 69 di sopra citata, ritenendo nell' una l'*aestimatio litis* equivalente alla vendita e non nell'altra, poichè improduttiva della cessione delle azioni.

13.° Nè ci sembra esatta la distinzione che l'illustre **Molitor** vorrebbe introdurvi, pretendendo che risulti dalle fonti.

Egli dice: « L'attore, agendo contro il fictus possessor, qui *dolo* desiit possidere, ha diritto al jusjurandum aestimatorium, però, per la l. 71 Dig. (6, 1), può anche rimettersi all'aestimatio da determinarsi dal giudice; val quindi l'aestimatio litis una vendita o transazione con l'obbligo nell'attore della cessione delle azioni nel primo caso, e non nel secondo. La l. 71, Dig. (6, 1) lui accorde formellement ce choix, et la disposition de ce texte est importante, *car elle lie entre elles les* l. 46 et 69 Dig. (6, 1) (1).

Giova, innanzi tutto, notare che la l. 71, attribuendo all'attore tale scelta, non dice espressamente, nè lascia menomamente sottintendere la distinzione di cui parla il Molitor. Essa dice semplicemente: « Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero jurare non vult, sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit, *mos ei gerendus est* (cioè dovrà secondarsi, dovrà permettersi) ». Nè risulta tale distinzione da alcuna delle molte leggi innanzi riferite, che accordano espressamente al revindicante il cumulo delle due azioni.

Sembra inoltre che il citato scrittore voglia riferire le seguenti parole della l. 69: « Is qui dolo fecit quo minus possideret *hoc quoque nomine punitur....* » non a tutta la l. 68 (in cui si stabilisce il principio che l'*aestimatio* è in caso di dolo determinata dal *jusjurandum aestimatorium* ed in caso di colpa *arbitrio judicis*), ma soltanto all'ultimo periodo di essa: « Haec sententia generalis est ecc. »

Ma ciò è inesatto ed arbitrario, poichè soltanto nella prima parte della l. 68 si prevede l'ipotesi del *qui dolo desiit possidere*, e, nell' ultimo periodo della legge citata, Ulpiano non fa che applicare il principio dell'*aestimatio litis* alle *formulae arbitrariae,* come già innanzi (n. 3) abbiamo avvertito.

14.° Il **Voet** (2) ed alcuni altri interpetri del diritto romano

(1) *De la Revendication* p. 241.
(2) *Comm. ad Pandectas*, h. t. §. 8.

invocano contro il cumulo delle due azioni le ll. 24, 25, 26 Dig. *de noxalibus actionibus* (9, 4), le quali, dopo aver stabilito il principio che il padrone risponde dei delitti commessi dal suo schiavo, e che può liberarsene soltanto mercè la *noxae deditio*, supponendo che egli lo abbia alienato ad altri per sfuggire alla sua responsabilità, concedono alla persona lesa il diritto di agire, a sua scelta, sia contro l'antico che contro il nuovo possessore, senza potere in alcun caso cumulare le due azioni. « Electio vero alterum liberabit; id enim Praetor introduxit ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret, ideoque exceptione a sequenti summovebitur », l. 26 pr. (9. 4).

Ma si risponde che la responsabilità del padrone per i delitti commessi dal suo schiavo era troppo rigorosa, e che i Romani l'hanno attenuata, accordando alla persona lesa la scelta e non il cumulo delle due azioni. La materia dei delitti ha per altro norme speciali.

15.° Non vogliamo finalmente tralasciare di accennare all'opinione del **Glück** e del **Gesterding**.

Il **Glück** (1) ritiene, anche egli, il cumulo delle due azioni, però seguendo l'opinione di Donello (il quale erroneamente trae argomento dalla l. 10 Dig. (27, 9), che prevede una ipotesi ben differente dal caso nostro), crede, anche egli, che debba eccettuarsi il caso che il terzo possessore sia avente causa del *fictus possessor*. Ed il Donello giustifica la sua opinione coll'osservare che il terzo, come avente causa può eccepire le medesime eccezioni del suo autore, e che altrimenti il *fictus possessor*, per effetto dell'azione di regresso del suo avente causa, dovrebbe pagare due volte l'*aestimatio*.

Ma è da considerarsi, in contrario, che il *fictus possessor* paga l'*aestimatio litis* pel *suo* dolo, onde non potrebbe approfittarne l'avente causa. Inoltre si esercita l'azione reale contro il terzo possessore, perchè egli *attualmente* possiede, senz'alcuna considerazione all'*origine* del suo possesso.

Se quindi si ammette il principio, che la *aestimatio* prestata da qui *dolo desiit possidere* non estingue nel proprietario il diritto di proprietà, non può poi concepirsi come e perchè tal diritto

(1) *Pandecten*, vol. VII, p. 530 e segg. (Ediz. ital. libro V, §. 565, pag. 780).

debba essere limitato, ***nel suo esercizio***, dal fatto dell'essere o no il terzo un avente causa del *fictus possessor*.

Nè ha, per altro, gran valore la considerazione che il *fictus possessor* presterebbe due volte l'*aestimatio litis*, poichè ciò è conforme al diritto ed all'equità, essendo egli egualmente colpevole di dolo sia verso il proprietario revindicante, che verso il terzo acquirente.

16.° Il **Gesterding** infine, traendone argomento dalle ll. 46 e 47 Dig. (6, 1), è d'avviso che la *litis aestimatio* debba esser sempre considerata come una vendita, anche nel caso che essa abbia luogo in conseguenza di un *jusjurandum in litem*, a causa del dolo del convenuto. E poichè in Diritto Romano la vendita non è sufficiente per sè stessa a trasferire la proprietà, il venditore, che ha ricevuto la *litis aestimatio*, non perde punto il diritto d'intentare, in qualità di proprietario, la *reivindicatio* contro il vero possessore. Riuscendo però vincitore, è obbligato, come venditore, a consegnarla al compratore, cioè al *fictus possessor* (1).

Ma giustamente osserva il **Vangerow** (2) che tale opinione poggia sulla falsa premessa che la *litis aestimatio*, anche quando si sia agito contro il *fictus possessor*, sia considerata come vendita; supposizione chiaramente rigettata dalle ll. 69 e 70 dinanzi riferite. Ed a maggior confutazione si può anche osservare che la l. 46 si riferisce al convenuto *contumax*, e non al *fictus possessor*; e che la l. 47 riguarda la dismessione del possesso, non per dolo, come vorrebbe il Gesterding, ma per colpa soltanto, sia perchè si legge *litem aestimari a judice*, sia perchè altrimenti sarebbe in antinomia con le suddette ll. 69 e 70.

17.° Non ci sembra quindi dubbia l'esattezza dell'opinione da noi sostenuta; crediamo tuttavia opportuno fare due altre osservazioni sulla discorsa quistione.

Fra i due testi di Paolo, cioè le ll. 46 e 69 di sopra esaminate, vi ha il medesimo rapporto che fra i seguenti due testi di Giuliano, l. 22. Dig. *de actione rerum amotarum* (25, 2) e l. 14, §. 1, *de conditione furtiva* (13, 1). Esse infatti stabiliscono il principio, che chi era convenuto con l'*actio rerum amotarum* e prestava l'*aestimatio litis* diveniva proprietario della cosa, per modo che, perdendone posteriormente il possesso, poteva recupe-

(1) *Lehre vom Eigenthum* p. 345.
(2) *Lehrbuch der Pandekten* vol. 1° §. 332.

rarla con la *reivindicatio*; egual diritto non aveva invece chi, convenuto con la *condictio furtiva*, avesse pagato il valore della cosa rubata.

Giova in ultimo osservare che ciò che decide Paolo, nella l. 69, sembra in opposizione con la l. 12 *de re judicata* Dig. (42, 1) del giureconsulto Marcello. Questi infatti si esprime così: *In depositi vel commodati judicio quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.* Se il depositario ed il commodatario, *qui dolo desiit possidere*, può ottenere, in seguito alla prestazione dell'*aestimatio*, la cessione delle azioni dal proprietario, perchè questa cessione non è accordata al *fictus possessor*, convenuto in un giudizio di revindicazione?

Il **Donello** spiega tal differenza con l'equità prevalente allo stretto diritto, ed il **Cuiacio**, invece, col diverso potere del giudice nelle *actiones arbitrariae* e nelle *actiones bonae fidei;* ma, a tali conciliazioni assai vaghe e poco convincenti, è da preferirsi, senza dubbio, quella del **Pellat**, che spiega assai logicamente la differenza.

Non si può ritenere, egli dice, che il proprietario il quale agisce in tale qualità contro una persona, cui egli non ha giammai volontariamente trasmessa la cosa, per una semplice prestazione a causa del dolo del convenuto, sia obbligato a rinunciar al suo diritto di proprietà ed ai mezzi per farsi restituire la cosa che si trova in altrui mani. Nel caso invece del deposito e del commodato si è il proprietario volontariamente spogliato del possesso naturale per trasferirlo ad altri. Nel primo caso vi è un furto od una usurpazione, nel secondo un abuso di confidenza; deve quindi imputarsi al proprietario di averne col suo fatto dato occasione (1).

18.° Ora quale è la natura giuridica dell'azione contro il *fictus possessor?*

Coloro i quali non accettano il cumulo delle due azioni considerano quella contro il *fictus possessor* identica per natura ed obbietto all'altra contro il vero possessore, cioè una *actio in rem* vera e propria.

Tale opinione si accorda con qualche frammento delle fonti; ma trova per altro un ostacolo insormontabile in tutte le leggi sin

(1) **Pellat,** *Exposé des principes généreaux du droit romain sur la propriété*, p. 292 e seg.

ora esaminate che riconoscono il cumulo delle due azioni, e specialmente nelle ll. 69 e 70.

Nè giova il dire, come essi fanno, che il proprietario non è tenuto alla cessione delle azioni per la indegnità, pel dolo del *fictus possessor* e non perchè il suo diritto di proprietà sopravviva alla prestazione dell' *aestimatio litis*. Poichè si può loro rispondere, assai agevolmente, che se la cessione delle azioni non ha luogo *soltanto* per la indegnità del *fictus possessor*, vuol dire che esse sopravvivono giuridicamente efficaci alla prestazione dell'*aestimatio*, non potendo concepirsi diritto ed obbligo a cessione di ciò che non ha più alcun valore giuridico. E se è così, è sempre in facoltà del proprietario l' esercitarle contro chiunque possegga o detenga la sua cosa.

Ed oltre a ciò, ci sembra che la l. 52 Dig. (6, 1) di Giuliano dimostri evidentemente come l'azione contro il *fictus possessor* non sia una *actio in rem* vera e propria. Essa si esprime infatti così: « Quum autem fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desiit, heredes ejus in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt, sed in factum actio adversus eos reddi debebit per quam restituire cogantur, quantu locupletes ex ea re facti fuerunt ». Risulta assai chiaro da tale frammento che l' azione contro il finto possessore aveva in diritto romano un carattere penale, e che, secondo le norme proprie dell'*actio ex delicto*, non poteva esperimentarsi contro gli eredi che come una *actio de in rem verso*.

Essa adunque aveva soltanto la forma processuale dell' *actio in rem;* ma non era in fondo che una azione personale *ex delicto*; onde giustamente dice il **Windscheid** a pag. 549 nota 8: *Der Anspruch ist ein reiner Deliktsanspruch in der Form des Eigenthumsanspruchs*.

19.° Ma, se l' azione contro il *fictus possessor* era in fondo una *actio in personam ex delicto*, l' *aestimatio* da lui pagata era una indennità od una ammenda ?

La maggior parte dei romanisti antichi e moderni, come il **Cujacio**, il **Noodt**, l' **Averani**, il **Lauterbach**, il **Glück**, il **Vangerow**, il **Windscheid**, il **Maynz** considerano l' *aestimatio* prestata dal *fictus possessor* come *paena doli;* e tale infatti risulta da molti frammenti, e specialmente dalla decisione di Paolo che il *verus possessor* non è liberato per la condanna del *qui dolo desiit possidere.*

Sorge però una grave difficoltà dalle fonti medesime del Diritto Romano: se l'azione contro il finto possessore ha un carattere penale, perchè mai, quando si è convenuto dapprima il vero possessore ed il proprietario ha ricevuto la cosa o la *litis aestimatio*, si ritiene il *fictus possessor* libero da qualsiasi responsabilità o responsabile soltanto sino alla concorrenza del vantaggio che il proprietario ne avrebbe avuto, esercitando invece l'azione contro di lui? Se la sua condanna fosse davvero una ammenda, dovrebbe soddisfarla nell' uno e nell' altro caso.

Una tale considerazione ha fatto esclamare all'**Accarias**: « Je doute que les interprêtes plus conciliants reussissent jamais a mettre ces décisions d'accord ».

Il **Labbé** (1) ha cercato di giustificare le due decisioni romane contradditorie, col ritenere che l'*aestimatio* pagata dal *fictus possessor* fosse una indennità e non una ammenda, non rappresentante però la perdita definitiva della cosa, ma la *crainte*, la *chance de ne pas la retrouver et recouvrer*.

« Cette éventualité de dommage, donne lieu à une réparation en argent actuelle, définitive, quels que soient les événements ultérieurs. Les dommages-interêts peuvent s'elever presque jusq' à la valeur de la chose car la chance du recouvrement de cette chose est probablement très-faible, puisque le possesseur fictif, malgré son interêt, s'il est, comme nous devons le supposer, solvable, n'a pas pu retrouver et faire comparaitre le possesseur actuel, n'a pas pu ressaisir la chose et la faire rentrer en la possession du demandeur. La chose se découvre ensuite; le propriétajre la revendique et se la fait restituer, il n'en garde pas moins l'indemnité corrélative à la chance qu'il a courue, par suite de la mauvaise foi d'autrui, de ne jamais la récupérer. Mais si la chose a été déjà recouvrée par le propriétaire, il ne peut plus se plaindre du delit commis par celui qui a cessé de posséder par dol, car il n'en éprouve aucun dommage ».

L'indennità non poteva essere perfettamente identica al valore della cosa, perchè una estimazione certa ed esatta era quasi impossibile, avendo per oggetto l'ignoto, onde i Romani concedevano all'attore il diritto del *jusjurandum in litem aestimatorium cum taxatione*.

(1) « Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère » Vol. II p. 461 (*De l'action à exercer contre celui qui par dol a cessé de posseder*).

Senza dubbio, se il timore, la probabilità da parte dell'attore di non più riavere la sua cosa veniva valutata per un terzó, un quarto ecc. del valore della cosa medesima, tale decisione del magistrato non poteva non conservare nel proprietario il diritto di rivendicare la sua cosa dal possessore attuale.

« Mais comme la chance peut être extrèmement faible la fraction à retrancher peut aller en diminuant presque à l'infini. Une seule conclusion pratique est acceptable; la liberté du juge dans l'appreciation du préiudice, dans l'aestimation des dommages-interêts ».

Tale è l'opinione dell'illustre giurista francese, che noi accettiamo ben volontieri.

20.° Ma perchè mai l'attore rimane proprietario anche dopo la prestazione di una aestimatio litis, equivalente o quasi, al valore della cosa da parte del *fictus possessor*?

Non è ciò contrario allo stretto diritto ed all'equità?

La ragione ci è espressa con evidenza dal giureconsulto Pomponio: « ne in potestate cujusque sit per rapinam ab invito domino rem justo praetio (1) comparare ». l. 70 Dig. (6, 1).

Se il convenuto succumbente in un giudizio petitorio, pur avendo la *facultas restituendi* perchè in possesso della cosa obbietto della lite, non obbediva *jussu judicis*, l'attore aveva la scelta fra la restituzione forzata *manu militari* (2) e l'*aestimatio litis*; quando invece il convenuto era un *fictus possessor* non poteva prestare che l'*aestimatio*.

Sicchè, mentre nel primo caso, scegliendo l'attore l'*aestimatio*, è naturale supporre una rinunzia da parte sua alla proprietà della cosa, mercè il prezzo ricevuto, cioè una vendita (3) od una transazione l. 46, Dig. (6, 1), non vi ha del certo ragione alcuna di supporlo nella seconda ipotesi, e quindi non è tenuto a cedere le azioni

(1) Altri, come il **Pellat** (op. e loc. cit.), legge invece *injusto praetio.*

(2) La sola l. 68 Dig. (6, 1) parla di *traslatio possessionis manu militari, officio judicis;* in altri testi non si fa menzione che dell'*aestimatio.* Alcuni scrittori, fra i quali il **Savigny,** ritengono che si tratti di una interpolazione di Triboniano; altri invece, quali il **Cujacio,** il **Keller,** il **Glück,** lo ritengono con più ragione sincero, stimando che al tempo della giurisprudenza classica l'attore ne avesse la scelta. Ved. per la larga trattazione della quistione la bellissima opera cit. del **Pellat,** pag. 367 e segg.

(3) Senza obbligo però alla garenzia per evizione. l. 35, §. 2 Dig. (6. 1).

che egli ha per procurarsi una cosa che non è dipeso dalla sua volontà farsi restituire.

Non può del certo trovare applicazione la regola: ***Pretium succedit in locum rei***, poichè essa urta nel principio, direi quasi, di ragion naturale, che ***nemo invitus ad res suas vendendas cogi nequit***, e varrebbe a legittimare nel ladro e nell'usurpatore un diritto di espropriazione privata.

L'opinione contraria, che sembra, a prima vista, l'unica giuridicamente possibile, menerebbe alla assurda conseguenza, che il proprietario, se vuole ottenere riparazione del torto arrecatogli da chi dolosamente si è impossessato della cosa e l'ha trasmessa ad altri, deve in ogni caso spogliarsi del suo diritto di proprietà. E sarebbe, in molti casi, di una evidente ingiustizia, poichè v'ha delle cose che hanno un valore subbiettivo, inestimabile, direi quasi, per il proprietario.

L'attore si arricchisce, è vero, ma il suo arricchimento è legittimo e giusto, poichè il *fictus possessor* ha commesso verso di lui un delitto come il ladro.

Se il possessore, come ben osserva il **Glück**, può essere convenuto con la revindicazione pel semplice fatto del possesso, non può la medesima estinguersi, sol perchè un terzo presti, *a cagione del suo dolo*, l'*aestimatio litis*.

Fa d'uopo poi soprattutto osservare che, se il *fictus possessor* ignora ciò che sia divenuto della cosa, è assai probabile che il proprietario non la ritrovi mai più, e che, se invece egli conosce l'attuale possessore, bisogna costringerlo a denunciarlo, mercè una grave condanna, affinchè non si consumi a danno del proprietario la frode concertata fra loro.

21.° Ed ora una ultima dimanda.

Se l'azione contro il finto possessore non era in fondo che una *actio in personam ex delicto*, perchè mai aveva in diritto romano la forma di una *actio in rem?*

Tale *fictio juris* fu introdotta per la influenza della petitio hereditatis e per gli inconvenienti proprî alle azioni personali che potevano in tal caso esercitarsi.

I Romani mossero dal concetto che il dolo non doveva riuscire in vantaggio di chi se ne era reso colpevole, onde essi stabilirono il principio: *qui dolo desiit possidere perinde condemnandus, quasi possideret*. E questa finzione giuridica, rispetto alla

condanna, influì sulla determinazione del *carattere giuridico* dell'azione.

Il **Maynz** lo spiega assai lucidamente, con le seguenti parole: Se il convenuto aveva cessato di possedere una sola od alcuna soltanto delle cose ereditarie, « il étaît passible de l'action, en sa qualité de possesseur des choses qui continuaient d'être en son pouvoir, mais l'action étant reconnue fondé, on tenait compte dans la condamnation, des choses qu'il ne possédait plus, comme des celles qu'il possédait encore. Dans cette application (et c'est évidemment celle qui se presenta la première), l'action conservait donc entièrement son caractère réel. Supposons maintenant que plus tard, dans un cas donné, un *praedo*, poursuivi par la petition d'hérédité, repoussât l'action, en soutenant qu'au moment de l'action ententée il ne possedait plus rien. Fallait-il accueillir ce moyen de defense et trâiter plus favorablement celui qui avait fait disparaitre le tout que celui qui n'avait fait disparaitre qu'une partie? C'eût été peu conforme à l'esprit du sénatus-consulte et c'est pourquoi l'on permit au demandeur de repousser ce moyen par une *replicatio doli: « at dolo fecisti quominus possideres »*. Ainsi on fut amené à ériger en principe général l'adage qui dit, que *pro possessione dolus est* et à admettre une *vindicatio* ou *petitio* dans des hypothèses ou la possession faisait complètement défaut dans le chef du défendeur » (1).

Si avrebbero potuto esercitare in tal caso l'*actio de dolo*, e l'*actio furti*; ma queste importavano delle prove assai più difficili dell'*actio in rem*, nella quale bastava dimostrare soltanto che il *fictus possessor* aveva posseduto la cosa in un'epoca qualsiasi.

È da notarsi però che nessun principio di procedura veniva in fondo da tale finzione violato, poichè l'azione era sempre fondata sul diritto *assoluto* di proprietà, l'*intentio* era sempre concepita *impersonaliter*, *in rem*, ed il giudicato aveva per base la *pronunciatio*.

Di tutto ciò non tengono debito conto quegli scrittori che, vedendola chiamata nelle fonti *actio in rem*, l'hanno creduta una azione reale vera e propria.

22.° Concludendo adunque, pensiamo che, l'azione contro il *fictus possessor*, introdotta dal S. C. di Adriano per favorire il proprietario revindicante, vittima di un avversario di mala fede,

(1) *Cours de droit romain*, Vol. III. p. 483, nota 42.

fosse diretta, come l'*actio in factum* dell'editto pretorio, al risarcimento dei danni, pur differendone principalmente perchè: 1.° L'*actio in factum* aveva luogo nel caso speciale dell' *alienatio judici mutandi causa*, mentre l'azione del S. C. di Adriano si poteva sperimentare contro chiunque avesse *dolosamente* cessato di possedere, cioè disponendone come proprietario, con la coscienza di non averne alcun diritto, anche indipendentemente da qualsiasi minaccia di possibile revindicazione. 2.° L'*actio in factum* era diretta *quanti nostra intersit alium adversarium nos non habuisse* ll. 1, 2, 3 pr. §. 4 Dig. (4, 7), l'altra invece *poteva* estendersi sino al valore della cosa, senza pregiudizio però dell'azione reale, che doveva *ex integro* sperimentarsi contro il terzo possessore, salvochè costui non permettesse al *causam dans* (*fictus possessor*) di rappresentarlo anche tacitamente l. 63 *de re judicata* Dig. (42, 1). Ma di ciò ampiamente in prosieguo al Capo III.

Dal fin qui detto emerge chiarissimo, come sia del tutto erronea l'opinione professata da alcuni, che l'azione del S. C. di Adriano si riferisse *soltanto* ai dolosi trasferimenti avvenuti *lite pendente*. Per una più evidente confutazione, si possono anche consultare le ll. 13 §. 2; 20, §. 6; 25, §. 2, 7 Dig. (5, 3) *et passim*, le quali, dichiarando responsabile il *fictus possessor* del suo *dolus praeteritus*, si riferiscono evidentemente all'alienazione dolosa *ante litem motam*.

Ora, introdotta tale *fictio juris*, sarebbe potuto sparire l'*actio in factum* dell'Editto pretorio. Essa si conservò tuttavia nella legislazione giustinianea e l'attore, nel caso previsto dall'Editto, poteva agire tanto con l'*actio in factum*, quanto con l'azione del S. C. di Adriano, senza poter però cumular le due azioni. l. 3, §. 5 Dig. (4, 7).

23.° Abbiamo altrove accennato (n.° 4) che, quando la dismessione del possesso fosse imputabile alla semplice colpa del possessore, bisogna tenere anche conto della sua buona fede per determinare i diritti del proprietario verso di lui. Occupiamocene ora brevemente.

Il fondamento giuridico della responsabilità del *fictus possessor, qui dolo desiit possidere*, era il fatto illegittimo di aver disposto di una cosa con la perfetta coscienza di non averne alcun diritto; ciò lo obbligava verso il proprietario, come per un delitto civile, e lo rendeva responsabile in ogni caso indipendentemente dal verificarsi o no un indebito arricchimento. Invece il *bonae fidei*

possessor, avendo la *opinio dominii*, dispone della cosa con la coscienza di esercitarvi un suo diritto, onde, non rendendosi colpevole di alcun atto illegittimo verso il proprietario, può essere responsabile soltanto *in quantum locupletior factus sit.*

Dal diverso fondamento giuridico della loro responsabilità deriva una conseguenza importantissima. L'azione era esperibile contro colui che in mala fede aveva cessato di possedere anche quando il diritto di proprietà rimanesse illeso; mentre si poteva agire contro l'ex-possessore di buona fede solo allorchè non potevasi con la revindicazione recuperare la proprietà. Era in altri termini possibile nel primo caso il cumulo delle due azioni e non nel secondo. Due azioni sono dalle leggi romane concesse al proprietario: la *condictio sine causa,* che prende in tal caso il nome di *condictio Iuventiana*, e l'*actio negotiorum gestorum.*

Esaminiamole partitamente.

24.° Se la cosa altrui veniva in buona fede consumata o trasformata, mercè specificazione od incorporazione, benchè mutata la esistenza esteriore e giuridica di essa, si trovava sempre, sotto altra forma, nel patrimonio del possessore. Poteva quindi esperimentarsi contro di lui la *condictio sine causa*, nei limiti dell'indebito arricchimento.

Ma se invece il proprietario non avesse più potuto revindicare la cosa dal terzo possessore, perchè perita o usucapita, ben avrebbe potuto esercitare la *condictio pretii* contro il venditore.

Gli è tal diritto accordato da un frammento di Africano e da un rescritto di Alessandro: « Si eum servum qui tibi legatus est, quasi mihi legatum possiderim et vendiderim *mortuo eo posse te mihi pretium condicere*, Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim l. 23 Dig. de rebus ereditis (12, 1). Si praesidi provinciae probatum fuerit, Iulianum nullo iure munitum servos tuos scientibus vendidisse, restituere tibi emtores servos iubebit. *Quod si ignoraverint et eorum facti sunt, pretium eorum Iulianum tibi solvere jubebit* », l. 1, C. (4, 51). Essendo però obbligato l'ex possessore di buona fede, soltanto nei limiti dell'indebito arricchimento, se non ne aveva ancora ricevuto il prezzo, poteva liberarsi, cedendo la sua azione contro il compratore.

Giova in fine ricordare la regola contenuta nella l. 36 §. 4 Dig. (5. 3): « Quo tempore locupletior esse debeat bonae fidei possessor dubitatur; sed magis est rei iudicatae tempus spectandum esse ».

25.° Un celebre frammento di **Africano**, che costituisce la l. 49 Dig. *de negotiis gestis* (3, 5), accorda al proprietario anche l'*actio negotiorum gestorum* per la ripetizione del prezzo. Esso è concepito così: « Si rem quam servus venditus surripuisset a me venditore, *emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit....* ». Ciò costituisce senza dubbio una derogazione ai principî generali della *negotiorum gestio,* poichè, perchè questa esista giuridicamente, richiedesi come requisito essenziale che il *gestor negotiorum* abbia gerito l' affare altrui e non il proprio. Il che è inconcepibile nel possessore di mala fede, a cagione del suo dolo, e nel *bonae fidei possessor,* per la erronea coscienza di essere proprietario; entrambi, cessando di possedere, si propongono esclusivamente di fare il proprio interesse e non mai di gerire un affare altrui.

L'*actio negotiorum gestorum,* come risulta dalla leg. cit è concessa in tal caso, solo allorchè la revindicazione è divenuta impossibile per *interitus rei* (o ciò che è lo stesso per usucapione o specificazione), cioè nei medesimi casi in cui si può sperimentare la *condictio sine causa.*

Varie sono le opinioni degli scrittori per giustificare col rigore dei principii giuridici l'esercizio di tale azione. Ci dilungheremmo dallo scopo propostoci se ne facessimo una larga esposizione; ci limiteremo quindi ad accennarle soltanto.

La maggior parte degli scrittori ha cercato di giustificare la concessione dell' *actio negotiorum gestorum* con la differenza fra l' *actio bonae fidei* e l' *actio stricti juris,* ed ha preteso inoltre accordarla con i principii della *negotiorum gestio*, coll' affermare che il possessore di buona fede, cessando di possedere, ha agito come proprietario, per conto del proprietario, e quindi nell' interesse proprio, solo in quanto tale.

Altri, come il **Donello** (1), sostiene che, chi per errore gerisce un affare proprio, credendo di gerire un affare altrui, fa nascere, in suo vantaggio e contro di lui, tutti i dritti e gli obblighi, derivanti dalla *negotiorum gestio* (l. 49 Dig. (3, 5), e che ogni qualvolta si ha un diritto, derivante da una causa qualsiasi di obbligazione, si possa agire con la *condictio certi* o con l' azione nascente dalla causa speciale dell' obbligazione medesima l. 9 Dig. (12, 1); l. 28 Dig. (12, 2).

(1) Ad Tit. Dig. *de rebus ereditis.* l. 23 Dig. (12 1).

Il **Cujacio** (1) sostiene, invece, che l'atto compiuto dal possessore di buona fede non sia propriamente un atto di gestione, ma che possa soltanto ratificarsi dal proprietario, e sorgono in tal caso le conseguenze della *negotiorum gestio*. La ratifica del proprietario importa la rinunzia della proprietà della cosa in favore del compratore, ed in conseguenza il diritto di ripetizione del prezzo.

Il **Labbé**, per contrario, non si fonda sulla ratificazione, respinta da molti testi delle fonti (l. 14 §. 1 Dig. (10, 3); l. 33 D. 12, 6), ma fa ricorso ad un principio giuridico inoppugnabile: Colui che soddisfa un debito altrui ha diritto alla ripetizione verso l'obbligato mercè sua liberato, e quindi, nella specie, il proprietario, che trasmettendo la proprietà della cosa al compratore, ha così soddisfatta l'obbligazione del venditore, ha diritto contro quest'ultimo alla ripetizione del prezzo (2).

Ma non ci sembra che si sia così eliminata ogni difficoltà, poichè, anche quando, sottilizzando, si dimostri l'analogia della *negotiorum gestio* col rapporto giuridico, nascente tra colui che ha in buona fede cessato di possedere ed il proprietario, per modo da giustificarsi l'esperimento di una tale azione, la decisione romana si presta sempre ad una giusta critica.

Ed in vero, se si riconosce che l'*actio negotiorum gestorum*, snaturata ed eccezionale, ha in tal caso un identico contenuto giuridico della *condictio sine causa*, non si avrà che una inutile ripetizione di azione, se invece si ritiene che l'*actio negotiorum gestorum*, quantunque estesa *utilitatis causa*, conservi la sua propria fisionomia giuridica, il *bonae fidei possessor* che sia imputabile di colpa (p. es. di alienazione a prezzo vile), convenuto con l'*actio negotiorum gestorum*, non risponderebbe soltanto sino alla concorrenza dell'indebito arricchimento, ma anche di ogni pregiudizio cagionato al proprietario con la sua colpa. Ciò sarebbe contrario ai principii giuridici ed all'equità.

26.° Nel diritto intermedio non si rinviene più la *fictio juris* del S. C. Iuventianum, propria della procedura romana, ma è egualmente punita l'*alienatio judici mutandi causa* ed in generale l'alienazione effettuata dolosamente, *ante litem motam*, o nelle more del giudizio. Ma il carattere giuridico dell'azione è intrinse-

(1) Ad Africanum. Trat. II sulla l. 23 Dig. (12, 1).

(2) Vedi per una più ampia trattazione il **Labbé**. Giorn. cit. Vol, IV, pag. 392.

camente identico a quello del diritto romano, poichè non era esclusivamente diretta al rifacimento dei danni sofferti, ma invece pel diritto barbarico, per i patrii statuti e per le sovrane costituzioni, si accordava inoltre al danneggiato od al fisco il conseguimento di una pena pecuniaria, da pagarsi dal danneggiante, a causa del suo dolo.

Citiamo a conferma della nostra opinione i testi seguenti:

« Si quis *vendiderit res alienas sine voluntate domini sui,* » aut servum, aut ancillam, aut qualemcunque rem, *ipsam per* » *legem reddat, et consimilem aliam addat.* Et si ipsam non » potest invenire duas consimiles reddat (1) ».

.....« Is vero qui easdem res *primus invaserit, et injusta* » *vendidit,* nec non et emtores, *hoc quod fraudolenter admise-* » *runt,* intra patriam emendare cogantur (2) ».

E pel Diritto statutario:

« Si aliquis in judicio asseruerit se rem tenere et possidere » de qua conventus fuerit, et ipsa res eidem postea infra decem » dies juridicos fuerit in judicio petita, statuimus quod nullo modo » vel ingenio possit rem ipsam in aliam transferre personam eccle- » siasticam vel secularem, quo minus si fuerit condemnatus resti- » tuere compellatur petitori, et petita in possessione defendatur, » contradictione illius non obstante, in quem res noviter esset tran- » slata nisi per sententiam ejusdem judiciis pronunciaretur, et ap- » pareret alium in eadem re potiora jura habere; et puniatur tam » ille qui alienaret, vel in alium transferret, quam ille in quem » translatio fieret ejus rei conscium in X lib. pro quoque, et plus » et minus arbitrio domini potestatis, inspecta qualitate personarum » et facti (3) ».

Ed in fine fra le varie costituzioni, riportate dal De Afflictis, trascriviamo una parte della Cost. *Eorum fraudibus,* che più fa al caso nostro: « Si possidenti rem mobilem, vel immobilem, cor- » poralem vel incorporalem fuerit notum, quod talis dixit, quod » volebat sibi movere litem super illa re de dominio, vel quasi, » et ipse, antequam citaretur in judicio, alienavit rem illam in ali-

(1) **Canciani,** *Barbarorum leges antiquae.* Vol. III. *Capitularium regum francorum,* p. 258.

(2) **Canciani,** Op. cit. *Additiones,* p. 402.

(3) *Statutorum magnificae civitatis Veronae libri quinque.* Lib. 2°, Cap XXXI.

» quem potentiorem hominem, puta militem, vel minorem, qui a » jure privilegiatus est plusquam major, vel potentiorem ratione » dignitatis causa mutandi judicium et sic dolore, iste alienans de » jure communi puniebatur tantum ad solvendum interesse, quod » patitur ille, qui volebat movere litem contra eum ratione dicti » judicii mutati dolose de persona ad personam, sed quia ista paena » deludebatur, quia illud interesse non poterat de facili probari: » ideo haec constitutio ultra istam paenam juris communis imponit » aliam paenam, videlicet, quia punit ipsum alienantem, ratione » sui doli in tertia parte aestimationis illius rei, quam alienavit » applicanda regio fisco (punendo inoltre anche l'*emptor sciens*) ».

Era egualmente punita l'alienazione delle cose formanti oggetto della lite, giusta il principio, sempre accolto nel diritto intermedio: *Lite pendente nihil innovatur*; ma per maggiore connessione di materia, crediamo più opportuno occuparcene al capo III.

27.° Ora in quali limiti è ammissibile la dottrina della *ficta possessio* nel diritto civile italiano?

Gli scrittori francesi, nel silenzio del codice napoleonico, accettano in generale la teoria romana del *fictus possessor*, trovandola equa, ingegnosa e feconda ed in perfetta armonia con le disposizioni generali del loro codice civile (1).

Quantunque l'art. 439 del cod. civ. italiano ci ricordi in gran parte la dottrina romana, se ne allontana tuttavia, come in prosieguo vedremo, in non poche determinazioni giuridiche.

Ma crediamo utile, innanzi tutto, ricordare brevemente i precedenti legislativi di tale articolo.

Il codice austriaco codificò, per il primo, nel §. 378, l'ipotesi di colui, che dopo la dimanda giudiziale cessi di possedere, e posteriormente il Cod. Albertino, dopo aver sancito nella prima parte dell'art. 444 il diritto di revindicazione, riprodusse nel capoverso con leggieri modificazioni, la disposizione del codice austriaco.

Tale articolo, prima di divenire testo di legge, fu obbietto di non poche osservazioni e censure.

Il Senato del Piemonte lo credette concepito in termini troppo generici, e propose che, anche per porlo in relazione col complesso di altre disposizioni, convenisse redigerlo in altro modo.

La Sezione di Grazia e Giustizia e la Sezione del Consiglio di Stato avvertirono che, siccome la disposizione ivi scritta ha rela-

(1) **Pothier,** *De la propriété* n. 306. **Labbé,** Gior. cit. n. 6.

zione con altri rimedi possessori, i quali sono egualmente una garenzia della proprietà, si possa trasportarlo in altra sede, come nel titolo: Delle prescrizioni.

Il Guardasigilli riconosce che la disposizione sarebbe convenientemente collocata in un titolo in cui si trattasse dei rimedi possessori, ma, non esistendo questo titolo, è di avviso che, se si troverà una sede migliore, potrà esservi trasportato.

L'articolo fu adottato, con la riserva di collocarlo in altra sede, qualora in prosieguo se ne trovasse una più adatta (cosa che non si è poi verificata) (1).

Il concetto e la redazione di tale articolo fu trovato incensurabile (2) dalla Commissione nominata, con decreto del Ministro di grazia e giustizia del 24 dicembre 1859 e 25 febbraio 1860. per la revisione del Cod. Albertino, ed è passato integralmente (3) nel Codice civile italiano.

28.° La prima parte dell'art. 439 sancisce la regola che l'azione revindicatoria può sperimentarsi contro qualsiasi possessore o detentore. Essendo essa diretta alla restituzione della cosa, deve necessariamente esercitarsi contro chi ne ha il possesso e quindi la *facultas restituendi*, ma è pel revindicante puramente facoltativo rivolgersi contro il possessore *nomine proprio* ovvero contro chi detiene in nome di costui. Autorizzato il proprietario a revindicare la cosa sua da qualunque possessore la tenga, non può essere obbligato a ricercare il legittimo possessore di essa, specialmente mancandogliene mezzi certi e legali. Ciò è chiaro nel diritto romano per la l. 9 Dig. (6, 1) e lo è del pari pel diritto nostro, specialmente tenuto conto dell'art. 1582 codice civile, che fa l'ipotesi di un giudizio petitorio rettamente istituito contro il conduttore, e gli impone l'obbligo della *laudatio auctoris*, in conformità della l. 2 C. (3, 19). E ciò risulta anche dall'art. 746 della procedura civile, che dichiara eseguibile la sentenza di rilascio contro i coloni, affittuari, od *altri detentori*.

(1) *Motivi del Codice Sardo*, Vol. 1, art. 444.

(2) Vi si aggiunsero soltanto le parole *o detentore* con cui termina l'articolo.

(3) È stata soltanto sostituita nel cap. del art. it. alla parola *proseguire* l'altra *proporre*. — Non è dichiarata nei Lavori preparatori la ragione di tal cangiamento, che ha tuttavia non poca importanza per la quistione, di cui ci occuperemo in prosieguo al capo III.

Or ciò premesso, il cap. dell'art. 439 prevede l'ipotesi della dismessione del possesso posteriormente alla dimanda giudiziale. In tal caso la revindicazione è *promossa* contro l'*attuale possessore*, ma si verifica la finzione giuridica romana nel senso che l'azione può essere *proseguita* contro di lui, ancorchè per fatto proprio abbia cessato di possedere; vi è anche qui una specie di possesso fittizio, ritenendosi che continuasse in colui che lo ha dismesso per scansare responsabilità. Ed è ciò conforme a giustizia, poichè non può essere costretto l'attore, per il fatto del convenuto, a mutare la sua dimanda col cangiarsi della qualità giuridica del suo avversario; contro il convenuto che eccepisca il difetto di possesso può sempre ripetere l'attore: *at dolo fecisti quominus possideres.*

Ma il nostro codice non prevede l'ipotesi della dismessione del possesso *ante litem motam*, e non ci sembra, checchè ne pensi qualche scrittore, che possa aver luogo in tal caso la *fictio iuris* romana. Ma di ciò meglio in prosieguo.

29.° L'azione contro il finto possessore, limitata come abbiam detto alla sola ipotesi preveduta dal nostro codice, ci sembra personale più che reale, come in fondo era anche nel diritto romano.

È vero che essa è *istituita* come azione revindicatoria, ma, d'altra parte, l'obbligo del ricupero a proprie spese consiste *in faciendo* e non *in dando*, ed è la conseguenza non del *possesso* ma del suo *fatto illecito* lesivo del diritto altrui.

Tale azione ha una figura giuridica propria, differendo per più rispetti da una semplice azione di danni, e principalmente per il contenuto giuridico e per la prova. Quando infatti i danni non derivano da inadempimento di una obbligazione, è necessario che l'attore dimostri la colpa Aquiliana da parte del convenuto, laddove il proprietario, nell'azione contro il finto possessore, non deve dimostrare altro fuorchè il suo diritto di proprietà, cioè la sua qualità ad agire, ritenendosi dal legislatore la citazione quale presunzione di dolo. Ed inoltre il *fictus possessor, qui dolo desiit possidere*, è tenuto all'*aestimatio litis* solo *sussidiariamente*, quando cioè non *possa* ricuperare a proprie spese la cosa alienata.

Alcuni scrittori han sostenuto che questa azione fosse inutile, essendovi la Pauliana, ma tale opinione è del tutto erronea.

L'azione rivocatoria è data non a quelli che pretendono essere proprietari, ma ai *creditori* i quali vedono sottrarsi dai loro *debitori*, con atti fraudolenti, la loro garenzia; essa quindi tutela semplicemente i diritti personali di obbligazione. Ed oltre a ciò, messo

pure (il che però non è esatto) che fosse possibile impugnare con la Pauliana l'acquisto del terzo, bisognerebbe sempre dimostrare il concorso del *consilium fraudis* e dell'*eventus damni*, cose del tutto estranee all'azione contro il finto possessore.

30.° Or quali sono le condizioni per potersi esercitare?

La legge richiede, in primo luogo, che il possessore o detentore abbia cessato di possedere, *dopo che gli fu intimata la dimanda giudiziale.*

Il Prof. **Viti** è d'avviso che anche nel caso di alienazione anteriore alla lite possa, dimostrandosi il dolo, esercitarsi tale azione, poichè il legislatore ha voluto stabilire con la citazione soltanto una presunzione di dolo, senza escludere l'altro caso preveduto dal diritto romano (1).

Ci sembra tuttavia da preferirsi l'opinione contraria, come più conforme al testo della legge ed al vero carattere giuridico che aveva in Diritto romano l'azione contro il *fictus possessor*.

Se adunque alcuno ha cessato di possedere prima della dimanda giudiziale, ancorchè fraudolentemente e con l'intento di rendere infruttuoso il diritto di revindicazione del proprietario, non crediamo che possa istituirsi *rite et recte* contro di lui l'azione revindicatoria, essendo naturalmente cessato ogni rapporto giuridico tra lui e la cosa posseduta. La decisione contraria del diritto romano, contenuta nella l. 27 §. 3 Dig. (6, 1), è inconciliabile col testo dell'art. 439 ed è inoltre inammissibile, poichè non vi concorrono nel diritto moderno quelle ragioni processuali, proprie del diritto romano, che giustificavano anche in tal caso la *fictio iuris* (2).

Oltre a ciò vuolsi considerare che l'opinione contraria imporrebbe al convenuto, anche in tal caso, l'obbligo *eccezionale* del ricupero della cosa, senza esserne autorizzati da alcuna disposizione di legge.

Crediamo quindi che l'ipotesi della dismessione del possesso *ante litem motam*, di cui la legge non si occupa formalmente, sia invece regolata dal principio generale sancito dall'art. 1151, che obbliga chi ingiustamente arreca danno a risarcirlo. Nè si opponga che la legge, prevedendo formalmente un caso, escluda l'altro, giusta la nota regola *inclusio unius est esclusio alterius*, perocchè, disponendo quivi il legislatore dell'azione di revindicazione, non po-

(1) **Viti**, *Ist. di Diritto Giud. Civ.* p. 1ª Delle azioni n.° 78.

(2) Cons. il n. 21 del presente lavoro.

teva naturalmente considerare l'altro caso. Reputiamo quindi che il proprietario possa agire per l'indennità contro chi cessò di possedere dolosamente la cosa nella previsione dell'imminente giudizio e coll'intento di rendere infruttuoso il diritto di rivendicazione del proprietario. Ma se trattasi per contrario di un possessore di buona fede, non potrà essere convenuto che con l'*actio de in rem verso*, e solo quando non possa sperimentarsi la revindicazione contro l'attuale possessore. Se invece non vi sia alcun indebito arricchimento, o sia possibile la revindicazione contro il terzo, non ne sarà in alcun modo responsabile, ancorchè la perdita o il deterioramento sia avvenuto per sua colpa, *quia quasi rem suam neglexit*, l. 31 § 3 Dig. (5, 3).

Sono quindi del tutto applicabili le norme innanzi svolte (n.° 23) pel diritto romano, notando che, nel diritto moderno, sarebbe inammissibile l'*actio negotiorum gestorum*, concessa dal celebre testo di Africano (n. 24), poichè, essendo questi i limiti della responsabilità giuridica del possessore di buona fede, non abbiamo più oggi a preoccuparci della denominazione speciale dell'azione.

Ma se la dismessione del possesso *ante litem motam* non dipenda da un fatto *volontario* imputabile al dolo od alla colpa del suo autore, ma sia invece avvenuta *ex necessitate*, come ad esempio per spropriazione forzata, qualsiasi possessore anche quello di mala fede, non potrà esser mai tenuto oltre il prezzo ritratto (arg. art. 1151). Ciò è chiaro anche pel diritto romano: « Si quis rem *ex necessitate* distraxit, fortassis huic officio iudicis succurretur, ut pretium duntaxat debeat restituere. Nam etsi fructos perceptos distraxit, *ne corrumpantur*, aeque non amplius quam pretium praestabit » (l. 15 §. 1 (6, 1)). Ed in conseguenza, argomentando dall'art. 1149 Cod. civ., è da ritenersi che, se non ha ancora ricevuto il prezzo, possa liberarsi, cedendo al proprietario le azioni per conseguirlo.

31.° La legge richiede, inoltre, che il possessore o detentore abbia cessato di possedere per *fatto proprio*. Il fatto può essere indifferentemente positivo o negativo, onde potrà essere proseguita l'azione contro chi abbia alienata la cosa od abbia mancato delle debite diligenze per conservarla; nè il nostro codice fa distinzione, come il diritto romano, fra la colpa ed il dolo.

Se adunque il convenuto ha cessato di possedere, *per fatto altrui*, non sarà obbligato a ricuperare la cosa od a pagarne il valore, ed il giudizio non può continuare, fatta eccezione per il caso di espropriazione forzata, nel quale il convenuto rimane obbligato secondo i principi suesposti circa l'*alienatio ex necessitate*.

Ma non sarà il convenuto tenuto in alcun modo verso l'attore se la dismessione del possesso sia avvenuta per caso fortuito o forza maggiore?

Quantunque non risulti espressamente dal codice, crediamo col **Mazzoni** (1), potersi accogliere la distinzione del diritto romano fra il *malae fidei* ed il *bonae fidei possessor*.

Il possessore di buona fede crede al suo legittimo possesso ed alla bontà del suo diritto, onde non può considerarsi come messo in mora per la semplice domanda giudiziale, nè può riconoscersi in lui l'obbligo di consegnare immediatamente la cosa, senza avvalersi di tutti i mezzi legali di difesa. Al contrario, il possessore di mala fede è sempre in mora, egli sa di non avere alcun diritto sulla cosa, e se insiste nel ritenerla, non ostante la domanda giudiziale, se ne rende colpevole verso l'attore.

Tale differenza giuridica non può non produrre diversi effetti nel caso di perdita della cosa *inter moras iudicii*, per caso fortuito o forza maggiore. A tale concetto si riferiscono i seguenti due testi del diritto romano: « Ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas ». E l'altro: « Nec non debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius temere ius suum indefensum relinquere.

Perchè però il possessore di mala fede possa esserne responsabile, fa d'uopo che l'attore provi che la cosa non sarebbe perita presso di lui o che il caso fortuito, per posteriore alienazione, sarebbe andato a carico dell'acquirente, poichè è necessario che il caso o la forza maggiore si mostri essere stato sopportato dall'attore per la ingiusta ritenzione di lui.

Ed **Ulpiano**, nella l. 15 §. 3 Dig. (6, 1), determina i limiti della sua responsabilità con le seguenti parole: « Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris praetium non esse prestandum plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo deberi praestari; nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus ». Tale decisione romana, che dà diritto all'attore al rifacimento del danno ingiustamente sofferto, può benissimo accettarsi nel diritto civile italiano, essendo conforme al principio generale sancito nell'art. 1151.

Le stesse norme vanno applicate nel caso di deterioramento della cosa revindicata.

(1) *Distinzione dei beni*. n.° 108.

32.° Quale è il suo contenuto giuridico nel diritto moderno?

La distinzione tra possessore di buona e di mala fede — di cui bisogna tener conto nel caso di cessazione del possesso *ante litem motam*, o posteriormente alla dimanda giudiziale, quando però, in quest' ultima ipotesi, sia avvenuta soltanto per caso fortuito o forza maggiore — sarebbe del tutto inammissibile rispetto al convenuto, che nelle more del giudizio ha *volontariamente* dismesso il possesso. Egli è sempre tenuto, giusta il cap. dell' art. 439, al ricupero della cosa ed, in mancanza, al risarcimento del valore.

Esaminiamo adunque tali obblighi.

La importanza del cap. dell' art. 439 ci sembra consistere nell' obbligo del ricupero a proprie spese, che costituisce quasi una ammenda imposta dalla legge a chi, dopo la dimanda giudiziale, ha cessato di possedere. Colui *qui dolo desiit possidere*, condannato, mercè sentenza, alla restituzione della cosa, non potrà chiederla giudizialmente al compratore, sia perchè può essergli eccepita la massima: « quem de evictione tenet actio eundem, agentem repellit exceptio », sia perchè, non essendo proprietario della cosa, non ha qualità per dimandarne la restituzione.

Tale obbligo consiste adunque nel fare pratiche amichevoli presso l' acquirente o l' attuale possessore perchè gli restituisca la cosa, e possa così da parte sua trasmetterla a chi in giudizio n' è stato riconosciuto proprietario. Il carattere adunque, direi quasi, penale di tale obbligo risulta evidente, quando si considera che assai difficilmente potrà egli vincere il rifiuto dell' attuale possessore, mercè la semplice restituzione del prezzo. E così colui che sarebbe obbligato a *dare* viene invece sottoposto ad una obbligazione di *fare*.

Un notevole riscontro, circa l' obbligo di recuperare le cose mobili, lo troviamo nella l. 12 Dig. (6, 1): « Si vero ab eo loco, ubi lis contestata sit, eam subtractam alio transtulerit, illic restituere debet, unde subtraxit, sumptibus suis ».

Non *potendo* ricuperare la cosa, vi è l' obbligo del risarcimento del valore. — Ma come deve stimarsi questo valore?

L' art. 439 nulla dice in proposito. Il diritto romano faceva distinzione fra il possessore che con dolo si pose nello stato di non poter restituire, e quello che cadde in tale stato senza dolo, e stabilì che il primo era tenuto secondo il *jusiurandum in litem aestimatorium*, ed il secondo giusta la stima fattane dal giudice, cioè *non pluris quam* (quanti) *res est*, *id est quanti adversarii*

interfuit l. 68 Dig. (6, 1). Il Cod. austriaco (§. 378) parla di valore *straordinario* (pretium affectionis), il cod. albertino ed italiano soltanto di *risarcimento di valore.*

La legislazione italiana non riconosce quindi la stima *ex affectione vindicantis*, e bisogna tenersi sempre nei limiti del giusto valore, coll'aggiunta dei danni, quando vi sia luogo, secondo le circostanze. Il valore potrà quindi dimostrarsi con tutti i mezzi di prova ammessi dal Cod. civ., ed anche col *jusiurandum in litem aestimatorium*, ma solo allorchè non possa provarsi altrimenti, secondo le disposizioni dell'art. 1377.

La legge però non esprime se trattasi del valore *convenzionale* della cosa ad altri trasmessa o del valore di *stima*, e se questa debba determinarsi in rapporto al tempo dell'alienazione od a quello in cui viene sperimentata l'azione. Ci sembra doversi ritenere che il valore stia in luogo della cosa, e che quindi si debba tener conto del tempo in cui potrebbe aver luogo la revindicazione contro il possessore l. 40 Dig. (5, 3).

Da tale concetto deriva altresì l'ammissibilità del principio romano: *condemnandus quasi possideret.* Dovrà quindi il giudice, nel determinare l'*aestimatio litis*, tener conto di ciò che egli avrebbe deciso, se il convenuto possedesse tuttora, cioè, in altri termini, chi ha cessato di possedere deve oltre all'*aestimatio rei*, che sta in luogo semplicemente della cosa, anche ciò che con la cosa *in natura* avrebbe dovuto rendere. La parola della legge, *risarcimento di valore*, non osta a sì larga interpetrazione, sia perchè il valore è un surrogato della cosa, il cui ricupero non sia stato possibile, sia perchè l'attore non deve ricevere dal *fictus possessor* meno di quello che otterrebbe se avesse sperimentata la sua azione contro il terzo possessore.

Dal *valore* vuolsi però distinguere lo *stato* dell'immobile, nel senso che, mentre gli aumenti naturali o derivati dalle condizioni economiche e di civiltà del paese vanno a profitto del revindicante, rimane però questi sempre obbligato per le migliorie fatte dal possessore (art. 705 e 1150 Cod. civ.).

33.° La cosa, obbietto della lite, può essere passata successivamente per le mani di più possessori di cattiva fede; in tal caso, anche pel diritto civ. it., essi sono, come in diritto romano, solidariamente responsabili verso il proprietario, quasi come coautori di un delitto civile (art. 1156). Onde è anche oggi da accogliersi

il frammento di **Ulpiano**: « et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur », l. 28 § 8 Dig. (5, 3).

Ma *quid iuris* se trattasi degli eredi del finto possessore?

Vi corre fra le due legislazioni una importante differenza.

La revindicazione contro *qui dolo desiit possidere* aveva in diritto romano un carattere penale, e quindi non poteva essere intentata contro gli eredi del *fictus possessor*, se non in *quantum locupletiores facti essent*. Nel diritto civile italiano, avendo invece per obbietto il *risarcimento del valore*, nel caso di non possibile ricupero, si può sempre esercitare per il tutto contro gli eredi, poichè, quantunque il dolo sia un fatto personale, le conseguenze patrimoniali si trasferiscono a gli eredi.

34.° Il proprietario revindicante ha diritto di agire sia contro *qui dolo desiit possidere*, sia contro il terzo cui la cosa è stata trasmessa.

Ma in quale rapporto giuridico sono queste due azioni fra loro? Il diritto romano accordava al revindicante il cumulo delle due azioni, quando la cessazione del possesso fosse imputabile al dolo e non anche quando alla semplice colpa del *fictus possessor*. Però nel primo caso si faceva distinzione fra il *praedo*, che aveva dolosamente cessato di possedere la cosa altrui *sens' alcun diritto occupata* e colui, che avendone la detenzione *per effetto di un contratto* di deposito, commodato ecc., se ne era dolosamente dismesso. In quest' ultima ipotesi il diritto di proprietà si estingueva con l'*aestimatio* prestata dal commodatario o depositario, ed il cumulo delle due azioni non era in alcun modo possibile.

Secondo il nostro diritto, non si fa invece distinzione fra la dismessione del possesso per dolo o per colpa, nè fra la detenzione derivante da contratto o da usurpazione; il revindicante non ha in nessun caso un diritto cumulativo alla cosa ed al prezzo, ma soltanto alternativo. La dizione infatti dell' art. 439 non lascia su ciò alcun dubbio, poichè vi si legge che il proprietario ha diritto di domandare *invece* (non *inoltre*) il valore della cosa; ha torto quindi qualche scrittore a dubitarne anche oggidì. Sicchè, se il proprietario, dopo avere conseguito il valore della cosa, promuova il giudizio di revindicazione, ne sarà respinto coll' eccezione di *dolo*.

35.° Ma se non v' ha cumulo fra le due azioni v' è d' altra parte il concorso elettivo, fondato sul principio: *electa una via non datur recursus ad alteram?*

Il Cod. austriaco accorda al revindicante la semplice *scelta* fra il valore straordinario e la revindicazione contro l' attuale detentore. Ciò si rileva assai chiaramente dalle parole del §. 378: « Quegli..... deve ricuperarla per l' attore a proprie spese e risarcirgliene il valore straordinario, a meno che l' attore non *prescelga* di rivolgersi contro l' attuale detentore.

Vi è adunque concorso fra due azioni *esclusive*, per modo che la scelta dell' una importa necessariamente la perdita dell' altra. E forse il Cod. austriaco parla di valore straordinario *(pretium affectionis)* per aver vincolato il diritto del revindicante alla scelta.

Nel primo progetto del Cod. Alb. si ripeteva con leggiere modificazioni la stessa dizione del Codice austriaco, ma la Camera dei Conti fece osservare che « dalle riferite espressioni se ne potrebbe trarre la conseguenza, che succedesse un caso in cui il proprietario, ingiustamente spossessato, non avrebbe nè la cosa toltagli, nè il valore di essa. Imperocchè i termini dell' articolo vedevansi in tal modo concepiti da potersi dubitare, se nell' ipotesi in esso contemplata, il proprietario il quale invece di attenersi all' offertogli prezzo, avesse scelto di proseguire contro l' effettivo possessore un' azione diretta, riuscita poscia infruttuosa, conserverebbe il diritto d' indirizzarsi di bel nuovo al primo usurpatore, onde conseguire il valore della non riacquistata sua cosa. Ora la maggioranza del Magistrato portava opinione, che non sarebbe stato ben consentaneo ai principii di verità e giustizia, che si fosse posto il legittimo proprietario in questa alternativa che egli, o si dovesse accontentare del valore della sua cosa, o se voleva agire direttamente contro l' effettivo possessore, si considerasse aver rinunciato implicitamente ad ogni ragione per l' ulteriore conseguimento del prezzo: ben all' opposto, esso riteneva che la condizione del detto proprietario fosse meritevole di un favore tale, per cui eziandio nell' ipotesi la meno a lui favorevole, quella cioè che la fatta scelta fosse determinata da un mero capriccio, ciò non ostante egli si dovrebbe sempre riservare la ragione di ritornare al primo usurpatore, onde ottenere il valore dell' usucapitagli roba ».

« Eppertanto si credette indispensabile la soppressione delle accennate espressioni, dacchè le medesime o erano inopportune, se conducevano alla riferita conclusione, che riconoscevasi contraria ai principii di equità; e nell' ipotesi in cui non avessero un tal significato sarebbero state affatto sovrabbondanti per trovarsi già dal primo paragrafo di quest' articolo attribuita bastantemente al pro-

prietario la facoltà di agire direttamente contro l'effettivo possessore, senza che fosse bisogno di esprimerla nuovamente nel secondo paragrafo (1) ».

La Commissione per escludere un tal dubbio propose di dire: « senza pregiudizio però all'attore del diritto di *proseguire*, ove così stimi, la sua azione contro il nuovo possessore ». — Tale parole furono testualmente conservate dal secondo progetto, dall'art. 444 dal Cod. Albert. ed anche dall'art. 439 Cod. it., che ha sostituito soltanto alla parola *proseguire* l'altra *proporre*.

Adunque secondo il nostro Codice non vi è vero concorso elettivo; le due azioni alternative non si elidono con la semplice scelta, ma possono esercitarsi *successivamente*, quando il risultato di una di esse sia stato infruttuoso o soltanto parziale. Se vuolsi quindi parlare di concorso, bisogna concepirlo nel senso del **Savigny**, non cioè per l'*esclusione* ma per l'*esercizio* delle azioni, avendosi la perdita solo con l'*effettiva soddisfazione* di quanto ci è dovuto.

36.° Or le cause che metton fine all'azione di revindicazione estinguono anche l'azione contro *qui dolo desiit possidere?*

L'*interitus rei* per caso fortuito impedisce l'ulteriore esercizio dell'azione di rivendicazione contro il possessore di essa, ma non perciò ne sarà liberato il *fictus possessor*. Infatti è vero chè, essendo obbligato a ricuperare la cosa, è egli debitore di un corpo certo e determinato, ma, essendo egli tenuto in virtù del suo fatto illecito, è di pien diritto in mora, e risponde della perdita fortuita della cosa che non avrebbe sopportato il creditore, ove gli fosse stata consegnata (art. 1298). Va quindi ricordata la distinzione innanzi (n.° 31) notata.

Ma quid della usucapione?

Bisogna di regola tener conto della condizione giuridica di colui contro cui si agisce, fondandosi l'usucapione su circostanze personali. L'obbligo di ricuperare la cosa, o, non potendo, di risarcirne il valore ci sembra che non possa prescriversi che col decorso di trent'anni, poichè trattasi in tal caso di prescrizione estintiva o liberatoria. Invece il terzo, avente causa del *fictus possessor*, può evidentemente prescrivere col solo decorso di dieci anni, se abbia acquistato in buona fede e con giusto titolo, regolarmente trascritto.

(1) *Motivi del Cod. Sardo*, vol. I, art. 444.

Ora se in questo caso l'azione di revindicazione fosse respinta dal possessore mercè l'eccezione di prescrizione, ben le sopravviverebbe l'azione, per il risarcimeuto, contro il finto possessore, sia perchè l'usucapione si fonda sulla circostanza personale della *buona fede* del terzo, sia perchè *qui dolo desiit possidere* è sempre responsabile degli ostacoli giuridici che col suo fatto ha arrecato all'azione del proprietario, Ma invece la usucapione trentennale, estinguendo l'azione contro il possessore, estingue evidentemente anche quella per il valore contro chi ha cessato di possedere, o meglio questa rimane estinta per la prescrizione verificatasi in favore del *fictus possessor*.

Egli è chiaro però che delle due azioni l'una sopravvive all'altra, quando la domanda sia rigettata per una circostanza personale, non quando è rigettato il fondamento della domanda, poichè, essendo comune, giova ad entrambi.

37.° Lo scopo della disposizione contenuta nell'art. 439 è quello di assicurare, in tutti i casi, il diritto nel revindicante; onde l'esercizio di tal diritto è soggetto ad una procedura variabile, per circostanze dipendenti dal dolo del convenuto.

Tale articolo rivela in breve il seguente concetto: Quando il revindicante ha introdotta l'azione contro colui che posteriormente per fatto proprio ha cessato di possedere, non è giusto che sia obbligato di andare in cerca del terzo possessore della cosa, ma ha il diritto di proseguire la lite contro l'ex-possessore ed obbligarlo, con sentenza del magistrato, a ricuperare la cosa stessa per restituirgliela. La sentenza deve contenere naturalmeute la comminatoria che, non restituendosi fra un dato termine, resti libero l'attore di agire contro il detentore, ovvero di essere risarcito dall'antico possessore del valore della cosa. Quindi, verificandosi il caso della non restituzione, se l'attore presceglie di agire ocntro il detentore e da costui ottiene la cosa *cum omni causa*, lo scopo è conseguito; non può in tal caso pretendere altro dal primo possessore, fuorchè le spese del giudizio che contro il medesimo ha dovuto sopportare, ed il risarcimeuto dei danni, se ne sia il caso. Se poi dal detentore non ottiene la restituzione della cosa, ha il diritto di rivolgersi di bel nuovo contro il primo possessore per averne il valore insieme alle spese del doppio giudizio, ed ai danni ed interessi. Quando invece senza rivolgersi al detentore, abbia prescelto farsi indennizzare dall'ex-possessore, si estinguerebbe il suo diritto di

proprietà col rimborso effettivo del valore, delle spese, e dei danni, onde non potrebbe rivendicare la cosa che più non gli appartiene.

La procedura si complicherebbe nel caso, non difficile a concepirsi, di varii possessori intermedii, che fossero tutti in condizione di reagire gli uni sugli altri pel rispettivo rimborso.

38.° Non vogliamo in fine tralasciare una osservazione, che risulta dal confronto dell' art. 439 coll' art. 1546 del Cod. civ. Quest' ultimo articolo, trattandosi di crediti litigiosi, concede al *debitor cessus* il diritto del retratto Anastasiano, indipendentemente dalla volontà dell' attore; invece per l' art. 439 il proprietario non può essere in nessun modo costretto a rinunziare alla sua proprietà.

La ragione delle differenti disposizioni legislative è evidente e risulta dalla diversa natura dell' obbietto dell' obbligazione. Infatti il danaro, considerato come misura di valore, ha sempre una identica funzione, quando trattasi di crediti, ma non anche quando si considera, come un equivalente del diritto reale di proprietà. In tal caso, soltanto, e non nel primo, si violerebbe il principio che ogni obbligazione deve essere adempita nella forma specifica in cui fu contratta, e non per equipollenti.

39.° Il S. C. di Adriano fu introdotto nel diritto romano per la *petitio hereditatis* e, solo posteriormente, fu esteso anche alla revindicazione. Ora che cosa si può ritenere per la *petitio hereditatis* nel diritto civile italiano?

Il nostro legislatore ricorda la petizione dell' eredità soltanto nell' art. 44 Cod. civ., parlando dei diritti dell' assente e nell' art. 94 1° com. proc. civ., a proposito della competenza speciale del *forum apertae successionis*, senza sottoporla a discipline speciali. Onde qualche scrittore ritiene del tutto applicabile nel nostro diritto civile il S. C. di Adriano.

Per procedere con ordine, fa d' uopo vedere, innanzi tutto, l' indole giuridica della *petitio hereditatis*, poichè ciò costituisce un presupposto per la questione circa le norme giuridiche da cui debbe essere regolata.

La *petitio hereditatis* è l' azione con cui l' erede agisce perchè gli sia riconosciuta tale sua qualità, e gli sia reso tutto quello che forma il contenuto del suo diritto ereditario. Essa nel diritto romano apparteneva alla classe delle azioni reali, come lo denota lo stesso nome *petitio*, e come è formalmente riconosciuto da varii

testi, chiamandosi anche *vindicatio* (1). Ha con la *reivindicatio* grandissima analogia, pur conservando una fisonomia giuridica propria, poichè si applica ad una *universitas juris;* onde è chiamata nelle fonti *actio in rem generalis.*

Tale ci sembra che debba ritenersi anche nel diritto civile italiano, non essendovi alcuna ragione, per allontanarci dall'autorità del diritto romano.

Nè c'induce in contrario avviso l'autorità di alcuni illustri scrittori, quali il **Gianturco** (2) e l'**Unger** da lui citato, che la considerano invece come azione dichiarativa.

L'azione ricognitiva mira semplicemente all'accertamento dell'esistenza di un determinato diritto o rapporto giuridico, prescindendo dalle conseguenze, da qualsiasi condanna. Ma quando con la *petitio hereditatis* si chiede l'attribuzione di ciò che ci compete, come diritto ereditario, e si può avere una *universalis* o *partiaria petitio hereditatis*, secondo che si chiede l'intera eredità od una quota, non sappiamo concepirla come semplice azione dichiarativa. È vero che domandiamo l'attribuzione dell'eredità, in conseguenza della dimostrata qualità di erede, ma anche la revindicazione suppone la dichiarazione da parte del magistrato del nostro diritto di proprietà *(pronunciatio)*, senza cessare perciò di essere un'azione reale.

Crediamo adunque, con altri scrittori, che la *petitio haereditatis* debba essere ritenuta per azione reale; infatti l'eredità si considera, *per modum unius*, come una *universitas* capace di possesso.

40.° E quindi evidente che, considerata come azione reale, non possa la *petitio hereditatis*, giusta l'art. 439, esercitarsi che contro l'attuale possessore o detentore, e solo, per eccezione, proseguirsi contro chi ha alienato, dopo la notificazione della domanda giudiziale.

Tuttavia l'illustre **Tartufari**, pur ritenendo la *petitio hereditatis* una azione reale, crede applicabile la *fictio iuris* del S. C.

(1) l. 1 §. 5 Dig. (5, 4); l. 25 §. 18 (5, 3); l. 27 §. 3 (5, 1). La sola l. 7, c. (3, 31) la chiama *actio mista personalis*, poichè è contemporaneamente diretta a certe *praestationes personales*, quali il rendimento del conto, il risarcimento dei danni; ma non perde perciò la sua natura reale. — V'ha anche oggi chi erroneamente le attribuisce un carattere misto, come il **Seresia**, *De la petition d'heredité en droit moderne*, nn. 94-97.

(2) *Istituzioni di diritto civ.*, pag. 96.

Iuventianum, nel senso che possa essere convenuto con tale azione anche chi avesse alienato in mala fede, prima di istituirsi il giudizio di petizione di eredità. Anzi, egli soggiunge, che se ne ha una indeclinabile necessità, poichè il diritto italiano, non sottoponendola a discipline speciali, rimanda implicitamente alle norme generali di ragione, che in questa materia tutti attengono ai fonti romani (1).

Con tutto il rispetto dovuto ad uno scrittore sì autorevole, non credo punto che sia necessaria nel nostro diritto la *fictio iuris* romana, la quale per altro sarebbe evidentemente contraria al testo dell' art. 439.

La *petitio hereditatis*, esercitata contro l' alienante doloso, non potrebbe avere per obbietto le cose ed i diritti ereditari, ma le obbligazioni dell' alienante medesimo, e quindi non sarebbe più in tal caso una vera azione reale.

Nè ci sembra che l' art. 933 del Cod. civ. sia all' unisono coi principii del S. C. *Iuventianum*, come afferma il citato scrittore. Infatti è vero che risulta dall' art. 933 che quando l' erede apparente abbia *in buona fede* deteriorato, consumato, dissipato le cose ereditarie non ne è responsabile verso l' erede vero, ma non se ne può da ciò dedurre, come fa il Tartufari, che, essendone responsabile *in caso di mala fede*, debba considerarsi come *tuttor possedesse* e che a codesta finzione sia da commisurarsi la sua condanna. La sua responsabilità, in tal caso, non deriva dall' art. 933, ma dal principio generale dell' art. 1151.

Nè trattasi di una semplice quistione di parole, poichè, se si riconoscesse ammissibile la *fictio iuris* romana, l' attore oltre alla sua qualità di erede non dovrebbe provare altro, fuorchè abbia il convenuto in una epoca qualsiasi posseduto *pro herede*, laddove trattandosi di una vera azione di danni, deve dimostrare nell' erede la colpa aquiliana.

Nè potrebbe essere obbligato l' erede apparente a ricuperare la cosa alienata prima della istituzione della lite, poichè il legislatore impone tale obbligo solo a chi abbia dismesso il possesso dopo la dimanda giudiziale, e la citazione non è del certo, in tal caso, una semplice presunzione di dolo, ma una condizione essenziale, perchè sussista tale responsabilità eccezionale.

Non ci sembra adunque che possa parlarsi in tal caso di azione contro il finto possessore, la quale prescinde, nel diritto civile ro-

(1) *Del possesso*, p. 346.

mano ed italiano, dalla *dimostrazione* del dolo ed ha per proprio contenuto giuridico l'*obbligo eccezionale del ricupero*.

CAPO II.

Dell' azione contro chi simuli il possesso.

41.° Una seconda eccezione al principio che la revindicazione si esercita esclusivamente contro il possessore della cosa, che vuolsi revindicare, si ha, in diritto romano, nell' altra ipotesi della *ficta possessio*, nel caso cioè del *qui liti se obtulit*.

Perchè si abbia la figura giuridica del *liti se offerens*, cioé del volontario convenuto, fa d' uopo che alcuno, per distornare la *reivindicatio* contro il vero possessore, sostenga la lite *sine causa*, sénza cioè che attualmente possegga la cosa o che l' abbia almeno in un' epoca qualsiasi posseduta. Tale finzione giuridica si fondava eziandio sul principio generale: *dolus pro possessione est*, e fu introdotta per la speditezza della procedura. Infatti se il convenuto, dopo avere spontaneamente accettata la lite, in qualità di possessore, avesse voluto poi dimostrare di non aver giammai posseduto, l' attore avrebbe potuto sempre respingerlo, mercè una *replicatio doli* (1).

Ma in tal caso, come nell' ipotesi precedente del *qui dolo desiit possidere*, vi ha anomalia, quando si consideri semplicemente l'elemento *formale*, poichè in fondo non si tratta che di una semplice azione personale, rivestita della forma processuale di *actio in rem*, per conseguire uno scopo che era impossibile, o difficile raggiungere con i mezzi ordinarii.

Il principio adunque che la revindicazione si esercita soltanto contro l' attuale possessore o detentore è una norma assoluta, che nè nel diritto romano, nè nelle moderne legislazioni può tollerare alcuna vera eccezione.

Di ciò e delle ragioni speciali della procedura romana non tengono debito conto quegli scrittori che credono del tutto applicabile, nel diritto moderno, la dottrina del *fictus possessor*.

42.° Perchè il *qui liti se obtulit* sia responsabile verso l' attore, per avere *in jure interrogatus* bugiardamente dichiarato *se*

(1) **Mainz,** Op. cit. Vol. 1, §. 118, nota 55.

possidere, era necessario il concorso di due condizioni, cioè il danno derivante direttamente dalla sua dolosa asserzione (p. es. il compiersi della usucapione in favore del terzo possessore) e l'ignoranza, l'inganno da parte dell'attore. Ulpiano dice nella legge 25 Dig. (6, 1): « non est absolvendus si actus ignoret », soggiungendo nella l. 26 eod., « nam si actor scit, tunc non ab alio sed a se decipitur, et ideo reus absolvitur ». Quindi sarà egli libero di qualsiasi responsabilità, se riesca a dimostrare *evidentissimis probationibus*, che l'attore lo conosceva *ab initio litis*, quippe isto modo non est deceptus.

Fa d'uopo inoltre che ciò avvenga dopo la *litis contestatio*, poichè se alcuno affermi di possedere e poi, prima del *judicium acceptum*, ne faccia ritrattazione non subirà pena alcuna.

« Sed hoc post litem contestatam; ceterum ante judicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere quam vere non possideret; nec videtur se lite obtulisse qui discessit » l. 25 in fine (6, 1). Tuttavia se, fra la sua falsa asserzione e la ritrattazione, abbia subito pregiudizio il diritto dell'attore dovrà essere condannato, quantunque abbia confessato la sua menzogna prima della *litis contestatio*. l. 27. pr. Dig. (6, 1) (*omnimodo comdemnandus est*).

Vuolsi soltanto notare che in tal caso, a differenza del *qui dolo desiit possidere*, non è possibile distinzione fra *colpa* e *dolo*, poichè, non potendo nessuno ignorare il fatto proprio, trattasi di *dolus in re ipsa*. Ciò è chiaro per la legge 13, §. 13 Dig. (5, 3).

43.° La condanna del *fictus possessor qui liti se obtulit* è determinata da due frammenti, che sembrano in antimonia fra loro. Infatti la l. 45 Dig. (5, 3) dice chiaramente che la condanna corrisponde ai *danni* sofferti dall'attore a causa del dolo del convenuto, «.... aestimari oportebit quanti ejus interfuit non decipi », laddove la leg. 13 §. 13 eod. allude, in modo non dubbio, al *valore della cosa* quando dice: « Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat; *omnem qui se offert petitione, quasi possidentem teneri* » (1).

Il principio generale è sempre quello del *condemnandus quasi possideret*, e questa apparente antinomia ci sembra una prova evidente dell'esattezza dell'opinione da noi innanzi accolta, che

(1) Conf. **Vangerow**, Op. e loc. cit. — **Wetzel**, p. 219.

cioè la condanna del convenuto sia da commisurarsi sempre all'interesse dell'attore, e che possa anche estendersi, alcune volte, sino al valore della cosa.

44.° La prestazione dell'*aestimatio litis* da parte del *fictus possessor*, *qui liti sese obtulit*, non estingueva il diritto di proprietà nell'attore, per modo che il proprietario revindicante poteva cumulare le due azioni nel senso da noi innanzi esaminato per il *qui dolo desiit possidere*. Ciò risulta in modo non dubbio dalla l. 7 Dig. (6, 1): « Paulus libro XI ad edictum — Si is qui obtulit se fundi vindicationi, *damnatus est nihilo minus a possessore recte petitur* sicut Pedius ait ».

Quindi il carattere giuridico dell'azione contro il *qui liti sese obtulit* è perfettamente identico a quello dell'azione contro il *qui dolo desiit possidere*: una *actio in personam ex delicto* (1).

Anche tale fu il suo carattere giuridico nel diritto intermedio. Infatti si legge negli *Statuta Veronae* (lib. II, cap. XXXI in fine): « et qui se possidere juraverit, et non possiderit quoquo modo puniatur » (cioè come qui dolo desiit possidere) (2).

45.° Il nostro codice non contiene alcuna disposizione circa il *liti se offerens*; ma del certo la dottrina romana non troverebbe applicazione, imperocchè da una parte è ritenuto che l'attore non debba ignorare il suo legittimo contraddittore prima d'istituire la lite, e dall'altra, ammesso il dolo del convenuto nel sostenere una lite *sine causa*, l'attore può sempre invocare il principio generale stabilito dall'art. 1151.

(1) Due altre quistioni sono surte in diritto romano, a proposito della *ficta possessio*, e che, per compiutezza di lavoro, quantunque ad esso non direttamente pertinenti, ci limiteremo ad accennare.

Il detentore che non esegue la *laudatio auctoris* può essere considerato come un *fictus possessor*, *qui liti se obtulit?*

Sono per l'affermativa il **Glück** ed il **Fritz**, ma crediamo dover con più ragione accettare l'opinione contraria; basta infatti il notare che il detentore a differenza del *fictus possessor*, ha sempre la *facultas restituendi* e che inoltre l'obbligo della *laudatio auctoris* esiste soltanto verso l'*auctor*. (Cons. in questi sensi il **Molitor** op. e loc. cit. ed il **Lauterbach** *de nomin. auct. in dissert. accadem.* III, dis. 106).

In fine lo **Zimmerman** ha riferito l'*unus casus* della l. 2, §. 2 Ist. (4, 6), la cui interpretazione è assai controversa fra i romanisti, alla *ficta possessio*, ma è stato vittoriosamente confutato dal **Fritz** (*Rivista del Linde* l. c. XVIII, 21, XIX, 1). **Arndts-Serafini.** Vol. I, §. 167.

(2) Cfr. n. 26 di questo lavoro e **Valle** t. 2. *Consilium* 56, n. 2.

Ed è perciò appunto che il nostro legislatore ha creduto superfluo occuparsene di proposito, non imitando in ciò il Codice austriaco, che al §. 377 dice così: « Chi non possedendo una cosa simula di possederla ed induce così in errore l'attore, è responsabile di qualunque *danno* da ciò derivasse ».

Non vi ha adunque più oggi in tal caso una figura giuridica speciale, ma è da applicarsi la norma generale dell'art. 1151, che ha poi il suo riscontro nell' art. 370 pr. civ. che ammette la condanna ai danni, trattandosi di lite *temeraria*. Ed è giusto che ciò non si applichi al solo attore, ma anche al convenuto che bugiardemente *liti sese obtulit*.

Non possiamo quindi accogliere l'opinione del **Tartufari**, che crede anche in questo caso del tutto applicabile nel diritto moderno la dottrina romana del *fictus possessor*.

CAPO III.

Se il giudicato contro qui dolo desiit possidere faccia stato anche contro il terzo possessore non intervenuto in giudizio.

46.° Per la necessità di por fine alle liti e per assicurare la certezza dei diritti, è stata sempre accolta in tutte le legislazioni la massima romana: *res judicata pro veritate habetur*. Tale presunzione assoluta costituisce un bisogno sociale, derivante dalla natura istessa della funzione del potere giudiziario, ed è il fondamento giuridico dell' *exceptio rei iudicatae*.

Questa eccezione è però opponibile solo allorchè *inter easdem personas eadem quaestio revocatur*, cioè quando vi concorrono i requisiti della identità obbiettiva e subbiettiva (1). Quindi la regola

(1) La regola tradizionale dei tre *eadem (res, causa petendi, personae)* è stata recentemente combattuta dall' illustre prof. **Cogliolo** in un suo dotto ed originale lavoro sulla *Eccezione della cosa giudicata*. Egli dice (p. 183 e seg.) che tale precetto è empirico, non sempre vero, destituito persino della parvenza di un principio scientifico e, deplorando che il legislatose italiano l'abbia accolto nell' art. 1351, vorrebbe che gli si sostituisse quest'altra regola: « l' *exceptio rei iudicatae* è data quando il rapporto giuridico ora *petitum* è identico al *rapporto giuridico* già *giudicato* ed *amendue nascono dal medesimo fatto* ». Non è qui il luogo di dimostrare come la sua teoria, se anche scientificamente preferibile, non ha nessuna conferma nel diritto positivo e come non è in pratica più semplice, nè più sicura della teoria tradizionale; consultasi la lucida confutazione dell' egregio prof. **Gianturco**, *Ist. di Dir. Civ.* p. 178 n. 1 e 2.

« *res inter alios iudicata aliis non nocet nec prodest* » è una limitazione dell'altra, secondo cui la cosa giudicata ha forza di verità. E tale limitazione si giustifica con lo stesso principio della certezza dei diritti, non che con l'altro del rispetto al sacro diritto della difesa.

Il diritto germanico ed il diritto canonico, discostandosi dalla legislazione romana, allargarono l'efficacia della sentenza, coll'attribuirle valore anche contro i terzi (1); ma l'ordinanza francese di Villers-Cotterets del 1539, l'altra del Moulins del 1566 e le moderne legislazioni hanno salvaguardato i loro interessi, anche meglio del diritto romano, concedendo, oltre all'*exceptio* della *res inter alios judicata*, il rimedio della opposizione di terzo contro ogni giudicato che, quantunque loro estraneo, possa pregiudicarli.

47.° Per l'esercizio dell'*exceptio rei iudicatae* è necessario, come abbiamo avvertito, oltre all'*eadem quaestio* la identità subbiettiva delle parti (art. 1351 c. civ.).

Sono *parti* tutti coloro che sono intervenuti nel giudizio come attori o convenuti, intervenuti o chiamati in causa, presenti o contumaci, purchè legalmente citati. La legge non richiede tuttavia la identità *fisica*, bensì la identità *giuridica* delle parti litiganti, onde da nessuno si dubita che la sentenza emanata contro od a favore del tutore o di qualsiasi mandatario legale, giudiziale o convenzionale faccia stato a favore e contro della persona fisica o giuridica, legalmente rappresentata in giudizio.

Ora il fatto della *successio* nella cosa o nel diritto, che formò obbietto di un giudizio, apporta qualche temperamento al principio: *res inter alios iudicata aliis neque prodest neque nocet?*

Senza dubbio le sentenze emanate contro il defunto fanno stato contro tutti i successori a titolo universale, essendo questi i continuatori della personalità giuridica del *de cuius*, pur distinguendo però, circa i limiti della loro responsabilità, gli eredi puri e semplici da quelli beneficiati.

Ma *quid juris* rispetto ai successori a titolo singolare o aventi causa?

48.° Innanzi tutto, perchè possa davvero parlarsi di estensione del giudicato dal *causam dans* al *causam habens*, è necessario il concorso di due condizioni, evidenti di per sè stesse:

1.° Che vi sia una *successio in dominium*.

(1) Cons. **Pertile**, *St. del Dir. It.* Vol. VI p. II. p. 723-724.

2.° Che il giudicato riguardi il diritto che il *causam habens ex persona auctoris habuit.*

Se infatti non si tratti di un avente causa, ma di un usurpatore, o non si metta in dubbio la sussistenza di ciò che è stato già deciso con la sentenza, ma si controverta su un diritto nuovo, proprio del *causam habens*, è evidente che non trova alcuna applicazione la dottrina della cosa giudicata.

Giova inoltre distinguere se il giudicato ottenuto in contraddittorio del *causam dans* giovi o noccia al suo avente causa. La sentenza profferita in favore dell' autore giova sempre anche al suo avente causa, sia che riguardi la proprietà della cosa nella quale è succeduto, sia che si riferisca ad un diritto reale, costituito in vantaggio della cosa medesima. Ed è poi del tutto indifferente che il trasferimento del diritto sia avvenuto *prima* o *dopo* della sentenza; competerà in ogni caso all' avente causa l' *exceptio rei iudicatae* contro chi volesse riproporre contro di lui pretese già inutilmente sperimentate contro il suo autore. E la ragione è evidente, poichè altrimenti, nella maggior parte dei casi, rimarrebbero pregiudicati, per effetto di una seconda sentenza, anche i diritti dell' autore, potendosi esercitare contro di lui l'azione di regresso. Ciò per altro risulta dall' art. 471 pr. civ. il quale sancisce: La riforma o l'annullamento di una sentenza *giova* anche a coloro, che hanno un interesse *dipendente* essenzialmente da quello della persona che ottenne la riforma o l'annullamento; riferendosi con tale espressione ai fideiussori ed a gli aventi causa. Se invece la sentenza sia contraria al *causam dans* non può egualmente dedursi che faccia sempre stato anche contro l' avente causa; ma, per decidere di ciò, è necessario tener conto del momento in cui è avvenuto il trasferimento del diritto, distinguendo propriamente tre ipotesi diverse:

1.° Aventi causa con titolo anteriore alla istituzione del giudizio.

2.° Aventi causa con titolo anteriore al giudicato ed in pendenza del giudizio.

3.° Aventi causa con titolo posteriore al giudicato.

Egli è chiaro che soltanto la seconda ipotesi rientra strettamente nei limiti del nostro lavoro; crediamo tuttavia necessario, per completare l'argomento e per maggiore chiarezza della quistione che ci occupa, accennare anche alle altre due.

Tratteremo dell' efficacia del giudicato soltanto rispetto a gli

aventi causa veri e propri, cioè di quelli che successero nella proprietà della cosa, sia mobile che immobile, obbietto del precedente giudizio, senza neppur ricordare i principii che valgono per i creditori ipotecari.

Ma, innanzi tutto, crediamo utile una osservazione. Attribuendo la proprietà al titolare un diritto assoluto ed opponibile a tutti, la qualità di proprietario riconosciuta o negata da un giudicato non ha anche la stessa generalità ed efficacia assoluta? Non può certamente ciò ritenersi, sia perchè prevale nella dottrina e nella pratica che i *giudicati di qualità* non facciano stato se non fra le parti intervenute in giudizio, sia perchè il giudicato sul diritto di proprietà non dà o toglie il diritto in sè, ma genera un *vincolo di obbligazione* in virtù del quale *una delle parti litiganti* è o non obbligata a restituire una data cosa già nostra. Ed è ormai generalmente ritenuto che debba accogliersi la domanda di revindicazione se l'attore dimostrò un diritto poziore sul convenuto, sebbene non abbia pienamente provato appartenergli il dominio. Il giudicato di revindicazione è quindi sempre personale e relativo.

49.° Il principio innanzi stabilito — che ogni giudicato favorevole al *causam dans* giovi sempre anche al suo successore, e che viceversa, non ogni sentenza contraria all' autore faccia sempre stato anche contro l'avente causa — vale sia che la cosa, formante oggetto della sentenza e della successione a titolo particolare, sia mobile, sia che sia immobile.

È da osservarsi però, che il successore nel dominio di una cosa mobile non avrà bisogno, nella maggiore parte dei casi, di valersi dell' *exceptio rei iudicatae*, ma potrà, senz' altro, far dichiarare inammissibile l'azione di rivendica, invocando la massima: *il possesso vale per titolo*.

Ma d'altra parte, egli è noto che tal principio richiede come condizione essenziale *la buona fede* (art. 701), senza di cui si perderebbe la qualità di terzo, e che non si applica nè alla universalità dei mobili, nè alle cose rubate o smarrite.

Se adunque alcuno dimandi la restituzione di una cosa mobile dal possessore di essa, deducendo di essergli stata rubata, e dalle prove addotte risulti trattarsi, invece, di una semplice appropriazione indebita, l'azione di revindica sarà dichiarata inammissibile (1).

(1) Non ostante l'opinione contraria di qualche scrittore, come il **Troplong**, il **Borsari** ed il **Tartufari**, è, così in Francia come in Italia, quasi con-

Se il revindicante voglia poi per avventura riproporre la medesima istanza contro il successore nel dominio della cosa medesima, *allegando sempre di essergli stata rubata*, non potrebbe il convenuto valersi del titolo del possesso, ma, per la sua qualità di avente causa, ben potrebbe opporre l' *exceptio rei iudicatae* che competerebbe al suo autore.

Per decidere poi se un giudicato circa la revindicazione di una cosa mobile, contrario al dante causa, possa fare stato anche per l' avente causa, non intervenuto in giudizio, deve tenersi conto, come abbiamo avvertito, del momento del trasferimento del diritto.

L' art. 707 infatti stabilisce in favore del terzo possessore di buona fede una presunzione assoluta di proprietá, la quale non può essere impugnata che in alcuni casi tassativamente determinati. Ora perchè l' attore possa far perdere al convenuto tal benefizio, che gli deriva dal *possesso*, è necessario che dimostri *in contradditorio di lui* trattarsi di uno di quei casi in cui è ammissibile la revindicazione. Se egli ha fatto invece una tal prova in contraddittorio del dante causa del possessore della cosa mobile, inutilmente invocherà contro di lui la sentenza ottenuta contro il suo autore. Il *nuovo possessore* potrà sempre invocare in suo favore la presunzione dell' articolo 707; ed inutilmente l' attore si assumerebbe il carico di provare che il convenuto è avente causa di colui contro il quale ottenne la sentenza di furto o smarrimento della cosa, poichè tale circostanza di fatto, indispensabile per l' ammissibilità dell' azione di revindica, deve essere necessariamente provata in contraddizione del possessore, contro di cui soltanto può una tale azione sperimentarsi.

Crediamo adunque che, se il trasferimento della proprietà mobiliare sia avvenuto posteriormente alla sentenza, questa costituisca cosa giudicata anche per l' avente causa, non intervenuto in giudizio, ma che, se la trasmissione di essa si sia invece effettuata anteriormente alla istituzione della lite o nelle more del giudizio, la sentenza contro il *fictus possessor qui dolo desiit possidere* non faccia stato contro il terzo possessore.

corde la dottrina e la giurisprudenza nell' interpetrare restrittivamente l'art. 708, e ritenere inammissibile la revindica delle cose mobili sottratte per truffa, appropriazione indebita od abuso di fiducia. Cfr. **Pacifici-Mazzoni,** *Ist. di Dir. Civ.* III, 44, 1.

I motivi di tale convinzione li esporremo ampiamente a proposito dell'alienazione degli immobili; per ora basta aggiungere a ciò che abbiamo già osservato che, se così non fosse, da una parte sarebbero assai pregiudicati i diritti del proprietario (la cui dimostrazione è sommamente difficile specialmente in materia di mobili) e dall'altra l'art. 708 avrebbe una eccessiva applicazione, contraria alla lettera ed allo spirito della legge ed alla sicurezza dei più ordinari rapporti giuridici.

50.° In quanto ai successori nella proprietà di una cosa immobile, egli è fuor di dubbio che se il trasferimento del diritto è avvenuto prima della istituzione della lite, l'avente causa non potrà essere per nulla pregiudicato dalla sentenza emessa contro l'autore.

Il proprietario della cosa, avendo già legalmente disposto di essa, non ha più alcuna qualità giuridica per difendere *in via principale* il diritto del suo *causam habens*, come nessuna facoltà di pregiudicare i diritti di lui, mercè convenzioni o giudicati. E d'altra parte, essendo cessato per effetto della dismessione del possesso ogni rapporto giuridico tra lui e la cosa, non sarebbe più istituita *rite et recte* la revindicazione, ma potrebbe soltanto convenirsi, nel caso di alienazione dolosa, con l'azione di risarcimento di danni, come abbiamo altrove dimostrato. Quindi se l'istante vuole ottenere una sentenza efficace anche contro l'acquirente, dovrà chiamarlo in causa o proporre direttamente la sua dimanda contro di lui, altrimenti la sentenza non avrà efficacia che contro chi è stato parte in giudizio.

L'avente causa è adunque terzo rispetto a tale giudizio, e la legge gli dà facoltà di intervenirvi *ad coadiuvandum reum vel actorem*, ovvero *ad infringendum iura utriusque competitoris*, anche quando vi abbia un interesse *futuro* ed *eventuale*, ma in grado di appello, solo allorchè la sentenza potrebbe arrecargli un pregiudizio *diretto* e *presente* (art. 201 e 491 pr. civ.)

Se l'avente causa non abbia cognizione del giudizio che si agita contro il suo autore, o non voglia intervenirvi, nè in prima istanza, nè in appello, poichè il giudicato contro il *causam dans*, benchè non possa arrecargli alcun pregiudizio giuridico, potrebbe di fatto ledere i suoi interessi, la legge gli accorda, a tutela di essi, la *exceptio* della *res inter alios iudicata* ed il rimedio dell'opposizione di terzo (art. 510 pr. civ.) (1). La scelta fra questi

(1) Cassaz. Torino, 24 Luglio 1883 (Giuris. 1883 p. 999) — Corte App. Palermo, 16 Dicembre 1881 (Circ. giur. 1882, 2, p. 168).

due mezzi è puramente facoltativa, onde potrà respingere, in linea di eccezione, una tale sentenza che voglia farsi valere contro di lui, ovvero mercè l'azione, domandarne la riforma o l'annullamento nel proprio interesse, per prevenire il danno materiale che glie ne verrebbe, quando forse non potrebbe essere più integrato in forma specifica (1).

Il **Ricci**, fondandosi sul concetto che l'avente causa non può avere maggiori diritti del suo autore, ammette in tale ipotesi l'estensione del giudicato, ma egli cade evidentemente in una vera petizione di principio, come dimostreremo in prosieguo, parlando dell'acquisto lite pendente.

Altri in fine vorrebbe introdurvi la distinzione del diritto romano fra la *scienza* e l'*ignoranza* del giudizio che si agita contro l'autore, sul fondamento del celebre frammento di Macro (l. 63 Dig. *de re iudicata* 42, 1).

L'importanza di tale frammento, che ha sollevato gravi difficoltà nella scuola, e l'affermazione di autorevoli scrittori che debba tuttora applicarsi nel diritto moderno, ci impongono l'obbligo di occuparcene con una certa larghezza.

51.° Anche in diritto romano, se il trasferimento del diritto era avvenuto prima della introduzione del giudizio o della *litis contestatio*, l'avente causa non era ligato dalla sentenza ottenuta contro l'autore, come chiaramente si rileva dalle ll. 11, §. 10, 29 §. 1 Dig. (44, 2) e dalla l. 3 Dig. (20, 1). — Sembra però che tale principio venga modificato dal citato testo di Macro, il quale estende l'effetto della sentenza all'avente causa, non intervenuto nel giudizio, quanto questi abbia permesso al *dante causa*, anche tacitamente (*sapendo* e *tacendo*), di rappresentarlo (2).

(1) **Fortunato**, *L'aut. della cosa giud. rispet. a gli av. causa a tit. part.* p. 43.

(2) È necessario riportare il frammento integralmente:

« Saepe constitutum est, res inter alios judicatas aliis non praejudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet; nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiam si contra ipsos judicatum sit nihil nocet. Nam scientibus nihil praeiudicat, velut si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur; nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit. Item si ex duobus petitoribus alter victus adquieverit, alterius petitioni non praeiudicatur, idque ita rescriptum est. *Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur*, veluti si debitor experiri passus

Il giureconsulto **Macro** cerca se sia sempre vera la regola che il giudicato non nuoce ai terzi, ed afferma che in alcuni casi non è applicabile, e propriamente nel concorso delle due seguenti condizioni:

1° Che il terzo abbia notizia della lite.

2° Che a lui competa, in modo principale, l'azione o la difesa e che quindi, pur avendo più di tutti interesse ad intervenirvi, non vi abbia tuttavia preso parte.

Quindi le sentenze emanate contro il creditore pignoratizio, il suocero, il venditore fanno stato contro le persone principalmente interessate, cioè il debitore, il marito, il compratore, che scienti del giudizio non vi intervennero, nè proibirono che fosse continuato.

Alcuni scrittori, come l'Allard (1) ed il Cogliolo (2) spiegano tale estensione del giudicato con la teorica del mandato presunto, specialmente perchè la l. 63 dice: *ex voluntate eius.... iudicatum est.*

Noi tuttavia non accettiamo tale interpretazione, poichè esorbiterebbe dalla teoria del mandato e sarebbe assai pregiudizievole ai diritti dei terzi. Incliniamo piuttosto per la opinione del Cuiacio (3) e dello Strychio (4). Questi scrittori, argomentando dal complesso della legge e specialmente dall'esempio del liberto, che, *me interveniente*, vien dichiarato liberto altrui, son di opinione che non bastava la scienza, perchè potesse la sentenza opporsi al terzo,

sit creditorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotae acceptae, *aut possessor venditorem de proprietate rei emptae:* et haec ita ex multis Constitutionibus intelligenda sunt. Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet?

« Illa ratio est, quod qui scit coheredem suum agere prohibere eum, quo minus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest: is vero qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei, quamvis inter alios judicatae, summovetur, *quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est.*

« Nam et si libertus, *me interveniente*, servus vel libertus alterius judicatur, mihi praejudicatur..... »

(1) *Étude sur la chose jugée.* Paris.

(2) « In qual caso una *res iudicata inter alios* giova o nuoce al terzo » nel *Filangeri*. Aprile 1885.

(3) *Notae ad l.* 63 Dig. *de re iudicata* (42, 1).

(4) *Dissertatio inauguralis iuridica De auctoritate rei iudicatae contra tertium.* (Op. V. 8, disp. XXXIII, cap. I, §. 24).

ma fosse necessario il suo intervento e l'abbandono dell'azione o della difesa. Il Cuiacio dice: « Scire in hac lege est intervenire, interesse, videre et pati. Ideoque modo ait scire, modo intervenire, modo pati ». Sicchè, secondo quest'ultima opinione, la l. 63 fermerebbe il principio, che, quantunque il principale interessato non fosse stato *principaliter in lite comprehensus*, ma intervennto, avesse abbandonato la difesa ad altri anche interessato ad agire, ma solo dopo di lui, debba subire gli effetti della condanna.

Intesa in questo modo, la l. 63 corrisponderebbe al disposto degli articoli 198 e 200 della nostra procedura civile.

Tuttavia, anche volendo accettare pel diritto romano la teorica del mandato presunto, non potremmo però in niun modo consentire coll'egregio prof. Cogliolo sulla sua applicabilità nel diritto moderno.

Giova innanzi tutto notare, che neanche in diritto romano il venditore aveva la piena e completa rappresentanza, poichè ben poteva il compratore appellare dalla sentenza di condanna, quanto il suo *dante causa* non lo avesse fatto o non fosse stato idoneo. Ciò risulta infatti assai chiaramente dalla l. 4, §. 2 Dig. *de appell.* (49, 1) dello stesso Macro: « Si auctor egerit et victus sit non est deneganda emptori appellandi facultas: quid enim si venditor qui appellare voluit, idoneus non est? ». Ed oltre a ciò, nel silenzio del nostro codice, non è dato agli interpetri accogliere una dottrina che, per i gravi e pregiudizievoli suoi effetti, non è stata generalmente accolta neppure pel diritto romano. Si può infatti avere il principale interesse in una lite, ma, dal non esservi intervenuto, non può dedursene del certo che si sia consentito di affidare ad altri la difesa del proprio diritto. Il diritto d'intervento è essenzialmente facoltativo, e non potrebbe quindi dal suo non esercizio dedursene una conseguenza sì grave, specialmente quando la legge accorda al terzo, oltre a tale mezzo *preventivo*, due altri *successivi* alla sentenza. E vuolsi inoltre considerare che in tale ipotesi non si potrebbe neppure far quistione di mandato, poichè l'altro agisce in nome e per conto suo. — In ultimo, possono addursi ancora due altri argomenti validissimi dedotti dagli articoli 510 e 200 procedura civile. L'art. 510 infatti accorda, *senza distinzione*, a chi non è stato parte in giudizio il rimedio dell'opposizione di terzo, e distinzioni non può crearne l'interpetre. Inoltre, secondo la l. 63, bastava che il compratore avesse, con conoscenza della lite, permesso che il suo garante, venditore, sostenesse da solo la

contestazione, ma oggi invece la sua inazione congiunta alla conoscenza del processo non bastano perchè il giudicato contro il garante faccia stato anche pel garentito. Ciò ha luogo invece, secondo gli articoli 198 e 200 proc. civ., indipendentemente da qualsiasi mandato espresso, allorchè il garentito, provocato ed ottenuto l'intervento in causa del garante, chieda ed ottenga di esser messo fuori causa. L'art. 200 adunque, riferendosi alla chiamata in garenzia, presuppone l'alienazione *anteriore* al giudizio e, con la sua disposizione, risolve negativamente il dubbio circa l'estensione del giudicato fuori i casi della presenza in giudizio.

La dottrina romana fu accolta nell'antica giurisprudenza francese (1), ma sarebbe evidentemente inammissibile nel diritto moderno (2).

52.° Ora esercitano influenza sui principî innanzi esposti le norme circa l'effetto degli atti traslativi di proprietà rispetto ai terzi?

Sotto l'impero del Codice Napoleonico, la proprietà immobiliare si trasferiva, fra le parti ed anche rispetto ai terzi, mercè la semplice perfezione del contratto, giacchè, non ostante la buona prova fatta dalla legge 11 Brumaio anno VII (2 nov. 1798), la trascrizione dei titoli di acquisto fu pretermessa da quel codice.

Ma posteriormente, la legge belga dell' 11 dicembre 1855, la legge francese del 23 marzo 1855 ed il Codice italiano del 1865, per la garenzia del credito fondiario e per la sicurezza delle civili contrattazioni, hanno introdotto l'istituto della trascrizione. Quindi il semplice contratto non opera che una traslazione *relativa*, la quale non acquista efficacia di fronte ai *terzi* se non previa l'osservanza di tale formalità.

Dopo la pubblicazione di tali leggi, alcuni scrittori (3) hanno espressa l'opinione che, finchè l'avente causa non abbia reso pubblico il suo acquisto, mercè la trascrizione del titolo, debbasi tuttor considerare come proprietario rispetto al terzo revindicante il suo *causam dans*, per modo che il giudizio possa bene istituirsi uni-

(1) **Merlin,** *Répert. voix. Opposition tierce.*

(2) **Zachariae,** Vol. V, p. 190. — **Larombiére,** *Traité des Obblig.* art. 1351, n. 105.

(3) **Aubry** e **Rau,** VI, p. 482 nota 22. — **Laurent,** 20, n. 98. — **Mattirolo,** *Trat. di Dir. Giud. Civ.* V. n. 101. — Cass. Roma 15 Maggio 1878 (Legge XVIII, 7091). — Cass. Torino 24 Luglio 1883 (Giur. XX, 999).

camente in contraddizione di quest' ultimo. Sicchè un acquirente con titolo di acquisto di data anteriore alla istituzione del giudizio viene considerato di fronte al terzo, che litiga col suo autore, quale avente causa con titolo posteriore al giudicato, qualora non abbia curato di farlo regolarmente trascrivere.

Ma si confondono così due quistioni del tutto diverse, senza tener conto del vero scopo della trascrizione. Infatti è dessa una formalità essenziale pel trasferimento della proprietà immobiliare rispetto ai *terzi*. E l' articolo 1942 cod. civ. ritiene per terzi coloro *che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull' immobile*. Quindi l' istituto della trascrizione è stato introdotto per regolare la *preferenza tra più aventi causa da un autore comune, sia mediato, sia immediato.*

È adunque evidente che il terzo revindicante, *non essendo un avente causa* (1), non può opporre al compratore *a non domino* il difetto di trascrizione del titolo.

53.° La quistione grave, che tiene divisi gli scrittori e la giurisprudenza, si presenta circa l' acquisto fatto *iudicio pendente* e che, come pertinente più direttamente al nostro tema, tratteremo con una certa larghezza.

Benchè nel diritto romano si parli di *controversia mota* sin dal momento della domanda giudiziale, l' azione non era tuttavia realmente costituita e non produceva i suoi effetti che dal momento della *litis contestatio.* Questa consisteva, nel periodo delle *legis actiones*, nella invocazione solenne dei testimoni (*testes estote*), nel procedimento formulare, nella concessione della formula, e quando poi tutti i giudizi divennero *estraordinari*, essa si attuava al momento della *narratio proposita et contradictio obiecta*, quando cioè, scambiandosi fra le parti la proposta delle azioni e delle eccezioni, il giudice si *impossessava* della causa.

Molti e gravi erano gli effetti della *contestatio litis*; a noi giova accennare soltanto alla novazione del diritto ed alla inalienabilità della cosa litigiosa.

Nell' antico diritto romano si riteneva che il diritto stesso incorporato nell' *actio* venisse ad essere distrutto, *consumato* con la

(1) Non possono egualmente dedurre il difetto di trascrizione, perchè non sono terzi, l' usurpatore, il precarista, l' erede di uno dei contraenti. Vedi sulla costruzione giuridica del *terzo* in materia di trascrizione il bellissimo lavoro del **Mirabelli** nell' *Archivio Giuridico* an. 1888.

contestazione della lite, tantochè non fosse possibile farlo valere una altra volta, e che sorgesse nelle parti un nuovo diritto, una nuova obbligazione alla *condemnatio*. Onde, giusta il principio *de eadem re ne bis sit actio*, sorse l' *exceptio rei in iudicium deductae*, per respingere la medesima azione riproposta durante il giudizio, e l' *exceptio rei iudicatae*, per respingerla, se riproposta dopo la sentenza. Tale è la teoria del Keller, che forma la *communis opinio*, ora fondamentalmente negata dal Cogliolo (op. cit. p. 17 e 141) e dal Lenel (Ed. Perp. p. 403), i quali sostengono che l' *exceptio rei in iudicium deductae* e l' *exceptio rei iudicatae* non fossero che due nomi per una sola eccezione, che fondavasi sulla *res iudicata*, e dei quali il primo sparì dopo i tempi di Gaio.

Nell' epoca della giurisprudenza classica, l' effetto consuntivo dell' azione dalla *lïtis contestatio* passò alla sentenza; però il concetto dell' antica *consumptio processualis* ha fatto dire, con espressione poco precisa, che la contestazione della lite produceva una *novatio necessaria* e che *in iudicio quasi contrahitur*. I romanisti sono tuttora discordi sulla vera indole della novazione derivante dal quasi contratto giudiziale, ma sono unanimi però nel ritenere che essa conservava e fortificava il diritto, non distruggendo i pegni, le ipoteche e le altre sue garenzie accessorie.

Uno degli altri effetti che si annetteva al quasi contratto, con cui le parti si obbligavano reciprocamente, accettando il giudizio, si fu la inalienabilità della cosa o del diritto in quistione. Il divieto di alienare le cose litigiose risale alle XII Tavole e fu sempre conservato nel diritto antico, come ci attesta Gaio (IV, 117). Vari frammenti (1) del Digesto sanciscono la inalienabilità della cosa litigiosa in rapporto al convenuto e, dopo due Costituzioni di Costantino (l. 1, Th. C. *de litigiosis* 4, 5 — l. 2, 1, C. *eodem*) e di Valentiniano e Teodosio (l. 3, 1. C. *eod.*), Giustiniano con la l. 4, C. *de litigiosis* (8, 37) generalizzò tale divieto, applicandolo a tutte le materie e sì all' attore come al convenuto. Ed in fine la Novella 112 c. 1, conservando le precedenti Costituzioni, stabilì un nuovo principio, che cioè, nel caso speciale dell' esercizio di una azione reale (*causa inter petitorem et possidentem*), la litigiosità derivasse non dalla *litis contestatio*, ma dalla semplice *denunciatio*, cioè dalla intimazione dell' azione fatta al convenuto.

(1) l. 1, §. 2 Dig. (20, 3); l. 18 Dig. (6, 1); l. 27, §. 1 Dig. (16, 1).

In caso poi di *scienza* del vizio di litigiosità da parte dell'acquirente, era irrogata, come pena, la perdita del prezzo a beneficio del Fisco (l. ult. Cod. *de litigiosis* 8, 37).

Erano tuttavia eccettuate da tale divieto le alienazioni necessarie, cioè quelle fatte per divisione ereditaria, legato, transazione, costituzione di dote e donazioni *propter nuptias*.

Adunque nel diritto antico, al momento della *litis contestatio* e, nel diritto ultimo, con la sola introduzione dell'azione reale, sorgeva l'*exceptio litigiosi*, per effetto della quale, il revindicante non era tenuto a rispettare alcun trasferimento avvenuto nelle more del giudizio, e *tamquam si nihil factum sit lite nihilominus peragenda*. Al tempo della sentenza la *res litigiosa* si considerava *di diritto* ancor posseduta dall'alienante, e quello dei due litiganti che fosse riuscito vittorioso aveva il diritto a dedurre la nullità dell'alienazione. Non manca anche nelle fonti qualche frammento, che espressamente sancisce la estensione del giudicato, come la l. 11, §. 9, 10 Dig. (44, 2).

È importante però il notare che l'*exceptio litigiosi* esisteva soltanto nel rapporto delle parti litiganti e di qualsiasi terzo che, anche in *buona fede* (1), avesse da *una di esse* acquisita la *res litigiosa*. Ciò derivava dal concetto del *judicium acceptum*, ma la litigiosità, come nota Accursio (2), non affettava la cosa: *Vitium litigiosi non afficit rem, alias noceret cuilibet ut furti vitium*. Onde potevasi validamente acquistare da chi non era parte in causa, come è detto espressamente dalla l. 1 Dig. (44, 6): « Si inter Primum et Secundum sit lis contestata, et ego a tertio emero, qui nullam controversiam patiebatur, videamus, an exceptioni locus sit? Et puto subveniendum mihi, quia is, qui mihi vendidit, nullam litem habuit et quid fieri potest ut duo in necem eius litem inter se iungant, qui cum ipso litigare non poterant ».

54.° Nel diritto intermedio fu perfettamente accolta la teorica romana del quasi contratto giudiziale e della inalienabilità della cosa litigiosa.

(1) Non poteva neppure essere usucapita come rilevasi dalla l. 4 C. *de litigiosis* (8, 37); l. 12, §. 4 Dig. (6, 3): « Si res talis sit ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem Praetor tuetur, ne contra leges faciat ». Arg. l. 28 pr. Dig. (50, 16). — Cf. l. 1 C. *de praes.* l. 2 (7, 33).

(2) Ad l. 1. *de litigiosis* Dig. (44, 6). — Cons. nello stesso senso il *Voet eodem*.

Nel diritto barbarico troviamo infatti espressamente proibita l'alienazione della cosa litigiosa pel timore dell' *alienatio in potentiorem* (1). Il diritto canonico vietava sin dalla intimazione della citazione l'alienazione dell' oggetto della lite, estendendo tale divieto ad ogni altra mutazione, giusta il principio: *Lite pendente nihil innovetur* (2). E qualche legge civile, esagerando tale principio, proibì l'alienazione non solo della cosa litigiosa, ma di tutto il patrimonio del convenuto: « Cum simplex postulatio in iudicio fuerit celebrata nihil in praeiudicium creditoris de bonis suis alienare conceditur » (3). Invece, secondo gli Statuti veneti, la citazione non produceva, *ipso jure*, l' inalienabilità della cosa in contestazione, ma bisognava domandarne al giudice uno speciale decreto (*interdictum*) (4). I glossatori, come il **Bartolo**, il **Baldo**, il **Cuiacio** ed il **Donello**, difesero la teoria della inalienabilità, pur cercando di introdurvi dei temperamenti, affinchè per le semplici pretensioni di qualche temerario litigante, non fossero i beni sottratti per lungo tempo alla libera circolazione.

Come in diritto romano, la litigiosità non affettava la cosa, ma aveva efficacia soltanto rispetto alle parti litiganti e similmente *non requiritur nova instantia, sed cum incepta proseguitur*. La sentenza contro *qui dolo desiit possidere* faceva sempre stato contro l'avente causa e, secondo alcuni, si poteva anche contro di lui eseguire, senza nuovo giudizio (Cfr. **Voet,** *Ad Pandectes. De litigiosis* 44, 6 e **Fabro,** *Codes* l. 8, tit. 25). Ma, circa l'esecutorietà, più ampiamente in prosieguo.

55.° I moderni legislatori non hanno giustamente seguito tale sistema.

Innanzi tutto, nessuna disposizione legislativa fa più espressa menzione della *litis contestatio*, ed il suo nome è restato soltanto nella scienza, con effetti essenzialmente diversi dalla contestazione romana. L'art. 1458 del Cod. civ. it., corrispondente all'art. 1597 del Cod. civ., fr. parla di *liti ragioni* ed *azioni litigiose*, ma, sia in Francia, come in Italia, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che, per imprimere il carattere di litigioso, non è necessario che vi sia lite pendente, ma basta

(1) **Canciani,** Op. cit. Vol. I, p. 2, 19. — Vol. V, p. 119.
(2) Tit. Decret. in VI et Clement. in lite pendente.
(3) Cons. baresi Sparani, 27.
(4) Statuta Ven. I, 18.

che il diritto sia o possa essere argomento di contestazione. — L'art. 1547 del nostro codice e l'art. 1700 del cod. civ. fr., riferendosi al retratto Anastasiano, ritengono per diritto litigioso quello la cui sussistenza sia *già giudizialmente contestata*, ma, anche in tal caso, gli scrittori francesi ed italiani concordemente affermano bastare che la lite sia istituita e non che la istruzione si trovi chiusa (1).

La *contestatio litis* adunque ha oggi un valore puramente storico; nello stesso diritto romano, variando l'ordinamento dei giudizi, assunse diverso carattere e produsse diversi effetti, e questi, per quanto oggi possono essere ammessi, si riferiscono alla domanda giudiziale e non più alla contestazione della lite.

Anche oggi è accolta la teorica del quasi contratto giudiziale, tramandataci dal diritto romano e generalmente si ritiene che esso non si formi definitivamente se non quando la causa sia allo stato di esser decisa, cioè al momento della contestazione della lite (2), ma solo la sentenza produce l'effetto *consuntivo* dell'azione. Quindi oggi la novazione giudiziale non può intendersi se non nel senso che, all'azione intentata in giudizio, sottentri una altra più sicura e di più lunga durata, cioè l'*actio iudicati, quae ex causa iudicii descendit.*

Quid iuris rispetto all'alienazione della cosa litigiosa?

A differenza del diritto romano ed intermedio, non vi è nel nostro codice alcuna disposizione di legge che dichiari inalienabile la cosa, argomento del litigio. Al nostro legislatore è sembrato davvero esorbitante, pel solo fatto delle pretese dell'attore, sottrarre le cose controverse alla libera commercialità, per tutto il corso del giudizio, assai sovente, ben lungo. La pendenza della lite esercita la sua influenza anche oggidì, ma soltanto rispetto all'appartenenza dei frutti (art. 703 cod. civ.) ed anche, in certo modo, rispetto alla *trasmissibilità* del *possesso* (art. 439 cod. civ.), ma nè la domanda giudiziale, nè la contestazione della lite fa sorgere giammai il vincolo d'*inalienabilità* della *res*; la sola trascrizione del precetto immobiliare produce questo effetto, per espressa disposizione dell'art. 2085 cod. civ.

(1) **Mattirolo,** *Tr. di Dir. Giur. Civ.* Vol. V, n. 105.

(2) Cass. Torino 1881 (Gaz. leg. p. 307). — Cass. Firenze, 17 Novembre 1884 (La Legge 1885 I, p. 447).

La legge non ha, così, aggravato di troppo la condizione del convenuto, ed ha, d' altra parte, garentito sufficientemente anche le ragioni dell' attore, come in prosieguo diremo.

56.° Or ciò premesso, fa d' uopo esporre le varie opinioni, circa l' efficacia del giudicato ottenuto contro *qui dolo desiit possidere.*

La maggior parte degli scrittori, seguiti dalla giurisprudenza, son d' avviso che, istituito il giudizio, la sentenza che segue debba sempre fare stato contro l' avente causa, il cui diritto sia sorto nelle more del giudizio.

Vari però sono gli argomenti addotti a sostegno di tale opinione. Alcuni scrittori invocano il concetto della *servitù di litigio* e del *quasi contratto giudiziale*, che sono in fondo due aspetti diversi di una medesima idea. Essi dicono: Istituito il giudizio, la cosa, argomento della contesa, diviene litigiosa, rimane gravata della *servitù di litigio* ed in tale stato giuridico il possessore la trasmette al suo avente causa, il quale non può quindi disconoscere le conseguenze dei rapporti speciali surti fra l' attore ed il convenuto, in virtù del quasi contratto giudiziale (1).

Tale opinione si fonda sulla tradizione storica, del tutto contraria ai concetti giuridici moderni.

È davvero strano che si parli di *servitù di litigio*, quando la litigiosità, neanche in diritto romano, aveva un carattere *reale*, e quando, ancorchè così fosse, essa sarebbe in aperta contraddizione col sistema del nostro codice, in materia di proprietà immobiliare. L' art. 1932 richiede, infatti, che i vincoli reali, a tutela dell' interesse dei terzi, siano debitamente trascritti. Quindi solo i vincoli reali resi pubblici prima che l' acquirente trascriva (art. 1942), costituendo una limitazione del diritto dell' alienante, possono essere invocati contro l' avente causa, e giammai la *servitù di litigio* di cui l' acquirente non ha alcun mezzo legale per accertarne l' esistenza, poichè è stata respinta, senza plausibili ragioni, la proposta di sot-

(1) **Duranton,** XII-506 — **Zachariae,** t. V, p. 191 — **Valette,** *Révue de Droit français* 1844, p. 18 — **Chauveau su Carrè,** quest. 1710, p. 275 — **Pigeau,** t. II p. 61 — **Prudhon,** *Usuf.* t. III, p. 325 — **Gargiulo,** *Pr. civ.* art. 510 n. VIII — **Mattirolo,** Op. cit. vol. V, n. 103 — Cass. di Milano 15 marzo 1865 (vig. il cod. civ. alb.) — Cass. Torino 18 febbraio 1875 e **Gabba,** in nota alla med. (Giur. I, p. 400) — Cass. Torino 15 marzo 1881, 12 giugno 1883 e 10 agosto 1886 (Giur. 1881, p. 397 — 1183, p. 820 — 1886 p. 627).

toporre alla trascrizione anche le domande di revindica. Sicchè, accogliendosi una tal dottrina, ne verrebbe la strana conseguenza che, mentre l'acquirente potrebbe impugnare l'esistenza di servitù non regolarmente trascritte, ancorchè ne avesse altrimenti notizia, dovrebbe poi *in ogni caso* subire gli effetti del giudicato, anche quando ignorasse perfettamente la pendenza della lite.

Il concetto adunque della *servitù di litigio*, inesatto anche pel diritto romano, in cui nessun disposto legislativo mirava a tutelare i diritti dei terzi, sarebbe oggi un vero anacronismo. Guai se oggi si ammettesse che ogni disposizione del proprietario, relativamente alla cosa, dovesse essere senz'altro obbligatoria pel suo avente causa, oggi, in cui le necessità *economiche* e *sociali* rendono, sempre più evidente, il bisogno di leggi che anche meglio proteggano i diritti dei terzi.

Nè giova, d'altra parte, invocare la teorica del quasi contratto giudiziale, tramandataci dal diritto romano, secondo il quale, contestata la lite, sorgeva nelle parti il diritto di porre fine al litigio, mercè il giudizio. Tale concetto fu da qualche legge civile, come dalle Costituzioni sicule (1), esagerato a tal punto, che non solo nel processo penale, ma eziandio in qualsiasi processo civile, era vietato alle parti di concordarsi e transigere, senza il consenso del giudice. Ma tale finzione mi sembra davvero inutile nel diritto moderno, ed infatti, anche senza il quasi contratto giudiziale, il giudizio, con le sue garenzie e le sue misure conservative, rimane pienamente efficace. È vero che la serie degli atti che si svolgono per comporre un giudizio civile e per definirlo conducono alla formazione di un vincolo contrattuale, ma la dottrina del quasi contratto, come è generalmente intesa, oltre ad essere di poca importanza per i suoi effetti, non è neanche giuridicamente esatta, come dimostrano egregiamente il **Belime** (2) ed il **Mortara** (3).

Ma ammettiamo pure il quasi contratto giudiziale, anzi consideriamolo come un vero contratto. E che perciò? Esso non può creare che una obbligazione *personale* di fare o non fare una data cosa, mettiamo anche, relativamente all'oggetto della controversia, la cui inesecuzione si risolve nel risarcimento dei danni-interessi. Come potrà quindi dirsi, che una tale obbligazione possa avere

(1) *Cost. Sponte volentibus* (1, 98) — *Post citationem* (2, 16).
(2) *Filosophie du droit.* Vol. II. p. 416.
(3) *Principii di Procedura civile.* Ediz. Barbera p. 23 e seg.

effetto rispetto a colui che è succeduto nella proprietà della cosa contestata, senza alcun patto speciale nel contratto di acquisto? Se così fosse, dove sarebbe più la sicurezza della proprietà? Chi ha venduto la cosa non ha più interesse, molte volte, a difenderla.

È adunque del tutto inesatto il dire che, per la istituzione del giudizio, venga ad imprimersi sull'immobile una *modalità*, una specie di *vincolo*, pel quale il venditore è obbligato a rimanere in giudizio sino alla sentenza finale, e che la trasmette all'acquirente col *peso* di sottostare al giudicato, che porrà fine alla lite.

Si scorge di leggieri sotto il linguaggio figurato la povertà degli argomenti.

57.° Da ciò che abbiamo sin qui detto, emerge chiarissimo come, nella risoluzione della presente questione, non abbia alcun valore la distinzione fra i vari stadi del giudizio, quello cioè *anteriore* alla *litis contestatio* e quello *posteriore*, come vorrebbe qualche scrittore (1).

Se infatti la contestazione della lite non serve oggi che a determinare semplicemente la materia del contendere ed ordinare la lite, se la sola trascrizione del precetto rende inalienabile il fondo, è facile accorgersi, come anche tale opinione si fondi su inopportuni ricordi storici degli effetti della *litis contestatio* romana.

Giova poi osservare che l'art. 439 cod. civ. (il quale, come in seguito dimostreremo, ha risoluta la questione nel senso che chi ha acquistato *inter moras iudicii* non debba sottostare al giudicato), prevedendo l'ipotesi della dismessione del possesso, *iudicio pendente*, non fa alcuna distinzione fra i vari periodi di esso; nè si saprebbe poi comprendere qual differenza vi sia, nei rapporti del terzo acquirente, che il giudizio revindicatorio sia al primo od all'ultimo stadio, di guisa che, pel trasferimento dopo la citazione, si dovesse intentare nuova azione petitoria contro il terzo possessore, e non anche per quello avvenuto dopo passata la causa in decisione.

58.° Altri distingue l'acquirente consapevole da quello ignaro della lite pendente sulla cosa acquistata, ed insegna che il giudicato posteriore abbia effetto per il primo e non per il secondo (2).

(1) **Dalloz,** *Rép. voix, chose jugée.* n. 47. — **Viti,** *Le Azioni,* p. 74 e 113.

(2) **Desmazures,** *Com. cod. proc. civ.* v. II, n. 526 — **Bonnier,** *Preuves* n. 778 — **Lai,** *Dell' identità di persona all' effetto della cosa giudicata* §. 51 — **Angioni-Contini** *La litis contestatio* (nella Legge 1884, 2, p. 251).

Si sostiene, come innanzi abbiamo già detto, che in diritto romano la scienza della lite producesse in molti casi l'effetto di attribuire ad una sentenza l'autorità di cosa giudicata anche contro un terzo che non fosse stato parte nel giudizio. Or questi scrittori, per l'economia dei giudizi, vorrebbero applicare il criterio della l. 63 di **Macro** all'acquisto lite pendente.

Ma non può neppure accogliersi tale opinione, poichè, oltre alle considerazioni innanzi svolte (n. 51), vi si oppone evidentemente l'art. 510 della pr. civ. che, *senza distinzione*, accorda a chi non è stato parte in giudizio il rimedio dell'opposizione di terzo. Nè giova invocare, come fa il Prof. Lai, l'art. 1933 n. 3, il quale dispone che la domanda di rescissione o di risoluzione trascritta produce il suo effetto in confronto di qualunque *ulteriore* avente causa del convenuto, e dedurne l'identica conseguenza per l'acquirente *sciente*. Poichè, benchè sia vero che nel concetto della legge, riguardo ai terzi, la trascrizione è *sempre* sinonimo di scienza, non si può tuttavia dall'art. cit. trarre alcun argomento analogico, mancandovi piena identità di ragioni, come or ora dimostreremo.

È adunque da ritenersi che la *scientia* avrà solo importanza nei rapporti fra l'autore e l'avente causa, per ciò che riflette il diritto al risarcimento del danno, ma non potrà avere alcuna efficacia rispetto a gli effetti del giudicato, ottenuto contro il dante causa.

59.° L'illustre Prof. **Gabba**, in nota alla surriferita sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 18 febbraio 1875, approva le ragioni da questa addotte per dimostrare che la sentenza emanata contro il venditore sia efficace anche contro l'acquirente nelle more del giudizio, ed, a maggiore conferma di esse, crede poter trarne argomento dall'art. 1933 n. 3.

La dismessione di un immobile può esser chiesta anche con una azione personale, come nei casi di risoluzione, di rivocazione o di rescissione. L'art. cit. dispone che la risoluzione, la rivocazione o la rescissione di un contratto, quando la domanda sia debitamente trascritta, ha effetto rispetto a qualunque *ulteriore* avente causa dal convenuto. Or dunque, dice il **Gabba**, se non si accettasse la teoria della Cassazione, come si concilierebbe l'opinione contraria, applicata a tali casi, con la disposizione dell'art. 1933?

Ma l'argomento non regge, esso si fonda, come ci sembra, su di un equivoco.

Poichè le sole domande di risoluzione, rivocazione o rescissione vanno trascritte e non anche quelle di revindica, diversi sono gli effetti che esse producono a danno dei terzi, per le differenti norme legislative che le regolano. Quindi, mentre nelle prime domande sono rispettati i diritti acquistati dai terzi anteriormente alla trascrizione, e restano invece caducati, *senza bisogno di altro giudizio*, se posteriori, nei giudizi revindicatori, invece, cade irremissibilmente ogni diritto acquistato dal terzo da parte di chi non era proprietario dell'immobile. Quindi, non trascrivendosi la domanda di revindica, la disposizione dell'art. 1933 l'è estranea, nè v'ha alcuna contraddizione nell'attribuire diversa efficacia ai giudicati sulle due differenti specie di domande. Anzi vi è una imprescindibile necessità, poichè, non avendo il terzo acquirente alcun mezzo legale per accertarsi dell'esistenza del giudizio, non possono essere sacrificati i suoi diritti, senza speciale contradditorio e speciale difesa. Ed a ciò appunto ha provveduto il legislatore italiano, con la disposizione dell'art. 439 cod. civ., che in prosieguo esamineremo.

La legge adunque nell'art. 1933 parla degli effetti della risoluzione, rivocazione o rescissione, ma non risolve la quistione relativa a gli effetti della sentenza. Ed infatti poniamo che invece dell'azione di risoluzione sia stata proposta l'azione di nullità del contratto per violenza, incapacità e simili. Questa nullità avrà effetto del certo riguardo ai terzi acquirenti dell'immobile, anzi non essendo sottoposta tale domanda alla formalità della trascrizione, avrà effetto non solo contro i terzi che hanno acquistato dopo proposta l'azione, ma anche contro gli acquisitori anteriori. Ecco la quistione decisa dalla legge, e non già che possa invocarsi contro il terzo acquirente la sentenza ottenuta contro il suo autore. Anche in tal caso, non basta che il contraente che dimanda la nullità la faccia dichiarare contro il venditore, deve inoltre farla pronunziare in contraddittorio dell'acquirente, se il suo titolo di acquisto è surto anteriormente alla dimanda o nelle more del giudizio.

60.° Altri scrittori (1) sostengono la stessa opinione, invocando la così detta teorica della rappresentanza *reale*, fondata cioè sulla *proprietà della cosa*.

(1) **Pothier,** *Obligaz.*, IV, n. 57 — **Toullier,** *Des Presomptiones*, n. 199 — **Marcadè,** *Sull'art. 1351*, n. 11 — **Aubry** et **Rau,** VIII, §. 769 — **Laurent,** XX, §. 97.

Essi dicono: come ogni contraente contrae per se e per i suoi eredi ed aventi causa (art. 1127), così ciascun litigante rappresenta tutti quelli che avranno causa da lui dopo il giudicato ed anche semplicemente dopo la domanda giudiziale, per l'effetto dichiarativo e retroattivo delle sentenze. Cioè, secondo questi scrittori, il giudicato avrebbe piena efficacia, anche contro l'acquirente, poichè l'alienante al momento del giudicato o della domanda giudiziale, essendo ancora proprietario della cosa, ha qualità giuridica per rappresentare in giudizio quelli che posteriormente acquisteranno diritti da lui. Trattandosi poi di atti che, per essere efficaci rispetto ai terzi, abbisognano della formalità, della trascrizione, si ammette sempre la rappresentanza quando l'anteriorità dell'acquisto non risulti dalla trascrizione anteriore al giudizio; cioè in tal caso essi non tengono conto del momento della trasmissione del dominio, ma della completa perfezione del contratto anche rispetto ai terzi.

Ma non si può del certo accogliere tal dottrina.

Innanzi tutto, fondata la rappresentanza unicamente sulla proprietà della cosa, non si sa intendere perchè essa duri per i trapassi avvenuti lite pendente, non ostante che il proprietario si sia completamente disinteressato, e cessi invece con l'alienazione, quando la vendita è anteriore al giudizio. È vero che la sentenza retroagisce al giorno della domanda giudiziale, ma se, in tal epoca, non vi era ancora alcun diritto del terzo acquirente, conservava tuttavia il convenuto il diritto di alienare. E poi la retroattività dell'effetto della sentenza non può aver luogo, in pregiudizio dei terzi, se non in quei casi in cui la istituzione del giudizio è accompagnata a speciali misure di pubblicità (art. 1933, Cod. civ.).

Ed oltre a ciò, menerebbe tale dottrina ad una conseguenza davvero assurda, che cioè il padrone del fondo rappresenta tutti quelli che hanno dei diritti sul medesimo, *anche indipendentemente dal fatto suo* e *dalla sua volontà*, come p. e. per disposizione di legge. Essa sarebbe eziandio contraria alla sicurezza degli acquisti ed alla inviolabilità del diritto della difesa.

In fine, è un vero equivoco la distinzione fra gli atti pienamente efficaci *erga omnes* e quelli soggetti a trascrizione, poichè, come abbiamo già dimostrato, il terzo revindicante, non essendo un avente causa, non può opporre al compratore il difetto di trascrizione del titolo.

61.° Nè vale tale dottrina della rappresentanza a giustificare l'estensione del giudicato contro l'acquirente, *iudicio pendente*, anche quando le si dia per fondamento giuridico la *cessione dei diritti*, fatta dall'alienante al compratore, come pensa il prof. **Ricci** (1).

Egli dice che, nella risoluzione della presente quistione, non debba tenersi alcun conto del momento, in cui è avvenuta la *successio in dominium*, poichè in ogni caso il venditore non può trasmettere all'acquirente maggiori diritti di quelli a lui competenti. Se adunque quelle stesse ragioni, che aveva l'alienante sul fondo, sono passate, senza aumento di sorta, nell'acquirente, l'alienante convenuto in giudizio, sostenendo le sue ragioni, sosterrà pur quelle dell'acquirente, e rappresenterà quest'ultimo, qualunque sia l'epoca dell'origine del suo diritto.

Ma, ragionando in tal modo, non si risolve, ma si sposta soltanto la quistione. Ed infatti, dimostrato che al venditore non spettava il diritto ceduto, sarà anche dimostrato per conseguenza che non può spettare neanche al compratore; ma questa prova bisogna farla appunto in contraddittorio di quest'ultimo. Il principio adunque: *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, se trova la sua giusta applicazione, come in seguito diremo, nel caso dell'acquisto posteriore alla cosa giudicata, poichè si è conteso sulla sussistenza del diritto dai legittimi contraddittori, sarebbe invece negli altri due casi una vera petizione di principio. E, d'altra parte, non è esatto il dire che l'avente causa non può avere sulla cosa *maggiori diritti* del suo autore, ma si può soltanto affermare. senza cadere in errore, che l'acquirente *succede* al diritto che aveva il venditore sulla cosa venduta. Può infatti avvenire che il terzo revindicante possa giustamente domandare la cosa al venditore e non possa invece revindicarla dal compratore. Così p. e. se il revindicante sia un compratore, litigando col suo autore, otterrà senza dubbio sentenza favorevole, ma potrà invece essere respinto, se agirà contro un altro compratore della medesima cosa, che abbia trascritto il titolo di acquisto prima di lui. Non è quindi vero che la sentenza di condanna del venditore denoti sempre che il compratore non ha acquistato alcun diritto, poichè non v'è sempre l'*eadem condictio personarum*.

(1) Proc. civ. Vol. II, n. 592 — *Dei giudizi pendenti in rapporto ai terzi* (Racc. XXVI, 4, 27).

Vuolsi da ultimo notare che tale dottrina, oltre a sacrificare la buona fede del terzo che acquistò nell'ignoranza del giudizio pendente, nel caso dell'alienazione anteriore alla istituzione della lite, violerebbe eziandio il principio indiscutibile di diritto, che la revindicazione può *rite et recte* sperimentarsi unicamente contro il possessore o detentore della cosa.

62.° La Corte di Cassazione di Firenze, in una recente sentenza del 23 Febbraio 1891 (1), per giustificare l'estensione del giudicato, ha fatto ricorso ad un nuovo ordine di idee, però del pari inesatta.

Allo stesso concetto accenna il **Dalloz** (loc. cit.), quando, a maggiore dimostrazione della sua opinione, innanzi esposta, soggiunge: « De même qu'en cas de décès de l'une d'elles, il faut que ce décès soit signifié son adversaire, pour qu'il y ait lieu à reprise d'instance, de même *celui qui plaide contre un individu qui s'est depuis démis de ses droits, est fondé à poursuivre l'instance et à réclamer le jugement tant qu'il n'a pas été averti de cette demission ou cession* ».

La Corte di Cassazione di Firenze, dopo aver ritenuto, concordemente alla dottrina ed alla giurisprudenza, che le cause interruttive del procedimento sono *tassativamente* determinate dagli art. 332 e seg. pr. civ., e che quindi non può esser considerata tale la cessazione di qualità di proprietario nel convenuto, ferma il principio che in ogni caso *qualsiasi mutazione* sopravvenuta alla parte, a differenza dei fatti che concernono i procuratori, debba *sempre* essere *notificata* all'altra parte per far luogo alla ripresa d'istanza. Quindi, non avendo il convenuto od il terzo possessore notificato al revindicante il seguito trasferimento, potrà il giudizio *proseguirsi* contro il primo proprietario, che rappresenterà anche i successori a titolo particolare. Nè, soggiunge la Corte, all'effetto di renderne consapevole il terzo revindicante, può la trascrizione operatasi far le veci della *notifica*, poichè il revindicante non può ritenersi obbligato ad ispezionare, durante il giudizio, i registri di trascrizione a carico del convenuto.

Ora, è esatto che il trasferimento della proprietà della cosa controversa non è causa di *interruzione* del procedimento, come è esatto del pari che, per renderne consapevole il terzo revindicante, la trascrizione non può far le veci della notifica, poichè la

(1) Foro italiano, 1891, p. 298.

trascrizione non importa presunzione di notizia fuori dei casi della legge tassativamente stabiliti. Ma la Corte, col suo ragionamento, ha spostato completamente i termini della quistione, poichè non si nega che la lite sia *rite et recte* continuata contro il primo convenuto, non ostante l'alienazione della cosa controversa. Il proseguimento del giudizio contro *qui dolo desiit possidere* è perfettamente valido, ed i suoi effetti sono determinati dall'art. 439: l'obbligo del ricupero e, *non potendo*, il risarcimento del valore. Tutto sta invece nel sapere, se, interessando all'attore di riavere la sua cosa in natura, e, non riuscendo il convenuto alienante a ricuperargliela, possa egli costringere il nuovo possessore al rilascio della medesima, in virtù della sentenza ottenuta contro *qui dolo desiit possidere*, ovvero debba istituire contro di lui un nuovo giudizio di cognizione.

63.° Non potendo giustificare, col rigore dei principii, l'estensione del giudicato, si è cercato combattere l'opinione contraria, mostrandone gli inconvenienti che ne deriverebbero, qualora venisse adottata.

Si è detto, nel conflitto dei due interessi, tra quello cioè del revindicante e quello del compratore, la condizione del primo merita maggior riguardo, poichè al compratore rimane almeno l'azione per evizione. Ma anche al litigante la legge dà rimedio contro chi ha alienato nelle more del giudizio, dandogli diritto all' *aestimatio rei* ed ai danni ed interessi.

Si soggiunge, il revindicante difficilmente potrà aver notizia dei trasferimenti; ma anche l'acquirente può bene ignorare il litigio. Anzi, tutto considerato, è più degna di riguardo la condizione del compratore, che non ha proprio alcun mezzo legale per accertarsi della esistenza della lite, mentre il revindicante è sempre in condizione di conoscere (senza però che vi sia obbligato) la trasmissione di proprietà immobiliare, mercè la pubblicità della trascrizione, e può, *di regola*, richiedere l'intervento in causa dell'acquirente.

È in ultimo del tutto insignificante l'argomento, messo innanzi dalla Corte di Cassazione di Torino con sentenza del 1886, che cioè il legislatore, con la disposizione dell'art. 439, accordando al proprietario due azioni, l'una in sussidio dell'altra, per la completa reintegrazione del suo diritto, abbia inteso allargare e non restringere la facoltà del revindicante, e che fu quindi ben lungi dall'innovare dal diritto antico.

64.° Non resta quindi che l'opinione di coloro i quali insegnano che debbasi esclusivamente prendere in considerazione il momento in cui la sentenza fu pronunziata, e salvare dagli effetti di essa coloro che acquistarono nelle more del giudizio o prima della istituzione della lite (1). Tale opinione, benchè seguita dalla minoranza degli scrittori, è la più conforme ai principii giuridici, alla sicurezza degli acquisti ed alla inviolabilità del diritto della difesa. e ci sembra la sola che oggi possa accogliersi di fronte all' art. 439 Cod. civ. it., che non ha riscontro nel codice francese.

In esso è detto: « Se il possessore o detentore, dopo che gli fu intimata la domanda giudiziale, avrà cessato per fatto proprio di possedere la cosa, è tenuto a ricuperarla per l'attore a proprie spese e non potendo a risarcirgliene il valore, senza che sia pregiudicato nel diritto di *proporre* invece la sua azione contro il nuovo possessore o detentore.

Or si noti che, mentre nel §. 378 del Cod. aust. si leggeva la parola *rivolgersi*, di dubbio significato, e, nell' art. 444 del Cod. Sardo si usava la parola *proseguire*, (che poteva far credere l'esecuzione della sentenza contro il *causam habens* come il prosieguo del giudizio contro il *causam dans*), nell' art. 439 si legge invece la parola assai chiara *proporre*. Ci sembra quindi evidente che, pel nostro diritto, se *qui dolo desiit possidere* non abbia *potuto* ricuperare la cosa, ed il revindicante non si accontenti dell' *aestimatio rei*, la sentenza ottenuta in contraddittorio del convenuto non farà stato anche contro il terzo possessore, contro cui è invece necessario *proporre ex novo* l'azione di revindica. E la Corte di Cassazione di Napoli, con la citata sentenza del Febbraio 1887, benchè senza solide ragioni, ha deciso che tale articolo è stato appunto introdotto per evitare le molte e gravi dispute che prima nascevano fra i revindicanti ed i terzi possessori, e che è vano ricorrere al diritto romano ed all' autorità degli scrittori per risolvere una quistione testualmente contemplata e decisa dalla legge.

Nè si sono così pregiudicati i diritti del revindicante, poichè oltre all' obbligo, imposto al convenuto, del ricupero della cosa

(1) **Windscheid,** *Pandekten,* §. 132 nota 3.ª — **Larombière,** Op. cit. art. 1351, n. 108. Cass. franc. 8 Maggio 1810 (**Dalloz,** *Répert.* v. chose jugée, n. 217 in nota) 21 Febb. 1816, 18 Ag. 1818 e 11 Marzo 1834 (I. Av. t. 31 p. 501 e 547 e t. 46 p. 308). Cass. Napoli 17 Febbraio 1887 (Gazz, Proc. XII, 128).

sotto pena dei danni ed interessi (art. 1218), il che è un freno potente ai dolosi trasferimenti ed un mezzo per evitare all' attore il fastidio di un nuovo giudizio, gli si è dato ancora il diritto di chiedere la garanzia *preventiva* del sequestro giudiziale. Infatti il sequestro, benchè non produca, l' inalienabilità della cosa, *immobilizza* il possesso nelle mani del sequestratario, che, sotto sua responsabilità civile e penale (art. 1875 Cod. civ. e 203 Cod. pen.), è obbligato a consegnare la cosa alla parte vittoriosa, ed assicura così gli effetti della sentenza, poichè il vincitore ne avrà il possesso, salvo il diritto di chi ha acquistata la cosa controversa di revindicarla poi da lui. Egli godrebbe quindi, in tal caso, il beneficio che gli deriva dal possesso, avrebbe cioè la qualità di convenuto e non di attore.

Tuttavia, il nostro legislatore avrebbe garentiti assai meglio i diritti del terzo revindicante, se avesse ordinata la trascrizione delle domande di revindica, ma di ciò in prosieguo.

65.° Se il trasferimento della proprietà è avvenuto dopo che un giudicato ha già determinato in contraddittorio del *causam dans* la pertinenza di essa, l'*exceptio rei iudicatae* eccepibile contro l' autore nuocerà anche al suo avente causa.

In quanto al diritto romano, la l. 9 §. 5 Dig. (44, 2) lo dice assai chiaramente; « Iulianus scribit exceptionem rei iudicatae a persona auctoris ad emptorem transire solere ». Lo stesso risulta dalla l. 28 Dig. (44, 2) di Papiniano: « Exceptio rei iudicatae nocebit ei, qui in dominium successit eius qui judicio expertus est ».

La estensione del giudicato, per comune opinione degli scrittori, è in tal caso pienamente giustificata, e si fonda sul concetto della rappresentanza, o sull' assioma giuridico: *nemo plus iuris* ecc.

Sul concetto della rappresentanza nel senso che ciascun litigante rappresenta tutti quelli che avranno causa da lui dopo il giudicato, come ogni contraente contrae per sè e per i suoi successori a titolo universale (art. 1127 Cod. civ.). E si noti, che, di fronte alla redazione dell' art. 1127 del nostro codice sarebbe del tutto arbitraria ed insostenibile l' opinione dai più professata in Francia, sotto l' impero dell' art. 1122, che cioè le sole stipulazioni *attive* si trasmettono agli eredi ed aventi causa, e non anche le *passive*.

Avendo sostituito il patrio legislatore alle parole *avoir stipulé* le altre *abbia contrattato*, deve ritenersi che ogni obbligazione convenzionale, sia passiva, sia attiva, quando si riferisca direttamente

ad una cosa, si presume pattuita anche nell'interesse ed a carico dell'avente causa a titolo singolare (1).

Sul concetto della cessione dei diritti, in quanto l'avente causa a titolo particolare riceve la cosa nello *stato giuridico* in cui si trovava al tempo del trasferimento, per effetto della sentenza emessa nel giudizio agitatosi fra l'autore ed il terzo. E quindi, essendo stato l'alienante, qual *principale* anzi *unico* interessato, il legittimo contradditore, poichè solo contro di lui poteva regolarmente agitarsi il giudizio, pel principio: *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, se la sentenza avrà dichiarato inesistente il diritto dell'autore farà anche stato contro il posteriore acquirente.

Tuttavia l'avvocato Coviello, in una lunga e pregevole Annotazione ad una sentenza della Corte di Cassazione di Napoli (2), di cui fra poco faremo parola, sostiene arditamente che anche colui che acquista dopo la sentenza non debba sottostare al giudicato.

Egli fonda la sua opinione su tre considerazioni: il testo dell'art. 439, l'art. 2015 e la nessuna pubblicità che la legge italiana non dà alle sentenze di revindica.

L'art. 439, dice egli, è scritto in termini amplissimi, e, come non distingue fra stadio e stadio del giudizio, non fa distinzione fra lo stadio del giudizio tutto intero e quello posteriore, mentre sarebbe stato mestieri di una apposita disposizione per estendere gli effetti della sentenza a danno degli acquirenti posteriori.

Ciò non ci sembra esatto, ed invece crediamo che il cap. dell'art. 439 non si riferisca all'ipotesi dell'acquisto posteriore al giudicato, poichè trattando l'art. 439 dell'*esercizio* dell'*azione* di revindica non può riferirsi nel capoverso alla dismessione del possesso dopo il giudicato. E che così sia lo dimostra chiaramente ciò che si legge nei motivi del Cod. Sardo, all'art. 444, ed il testo stesso dell'art. it., il quale fa salvo all'attore il diritto di proporre la revindica contro il possessore, *quando il convenuto*, *condannato mercè sentenza al ricupero della cosa alienata, non lo abbia potuto.* Riguarda quindi esclusivamente la dismessione del possesso *inter moras iudicii revindicationis*, nè da esso può trarsi valido argomento per il caso in questione. Fondandosi poi sulle note massime: *ubi voluit dixit*, *exceptio firmat regulam*, crede poter de-

(1) Cf. **Giorgi**, *Teoria delle obbligazioni*, Vol. VI, §. 290 e seg.

(2) *Annuario critico di giurisprudenza pratica* diretta dal Prof. **Cogliolo.** Anno III, fasc. 11, 12.

durre dall' art. 200 pr. civ. che solo in tal caso eccezionale la legge ammette la estensione del giudicato dal dante causa al *causam habens*. Ma tale argomento non ha nessun valore, sia perchè tale articolo si riferisce all' acquisto *anteriore* al giudizio, sia perchè vi si parla di *esecutorietà* del giudicato. Quindi la legge non ha inteso stabilire un caso eccezionale in cui la sentenza contro l' autore *faccia stato* anche contro il *causam habens*, ma che sia anche *esecutiva* contro di lui; nell' ipotesi dell' art. 200, per la serietà dei giudizi, non era neppure a dubitare dell' estensione dell' efficacia intrinseca del giudicato, ma poteva sorgere il dubbio sulla sua esecutorietà, di fronte ad alcune disposizioni del II libro della procedura, di cui fra poco ci occuperemo.

Si invoca anche l' art. 2015 Cod. civ. Or tale articolo, che trova la sua genesi storica nell' art. 2287 del Cod. Albert., prevede l' ipotesi dell' acquisto di un fondo gravato da ipoteca, *anteriormeute alla condanna del debitore*, cioè prima che il creditore ipotecario abbia istituito il giudizio o nelle more di esso; quindi riflette un caso del tutto diverso. Or, coll' art. 2015, la legge estende l' autorità della cosa giudicata ottenuta contro il debitore anche al terzo possessore non intervenuto in giudizio, ma ne restringe l' efficacia, facendone quasi una presunzioue *iuris tantum*, che cade di fronte alla prova in contrario, limitatamente però a quelle eccezioni che non fossero state opposte dal debitore.

Quindi, dice il Coviello, se in materia di ipoteche, in cui vi ha la massima pubblicità, la legge accorda al terzo possessore siffatto temperamento di grande equità, che dovrà dirsi del caso di chi acquista il fondo evitto, non essendo nota l' evizione patita dall' alienante?

Lo scopo della disposizione legislativa ci mostrerà chiaramente la insussistenza dell' argomento anologico.

Si noti che, avendo il terzo possessore acquistato e trascritto *anteriormente alla sentenza di condanna*, secondo i principii dinanzi svolti, il giudicato ottenuto contro il debitore, suo dante causa, non dovrebbe avere alcuna efficacia contro di lui estraneo al giudizio. Ma, tuttavia, il legislatore ha giustamente considerato che il terzo acquirente era avvertito del diritto del creditore ipotecario, mediante la iscrizione, e quindi del pericolo di doverlo dismettere se il suo autore non soddisfacesse il debito, ed ha perciò esteso l' efficacia del giudicato. Ma d' altra parte però non poteva sfuggirgli la considerazione che l' acquirente forse sapeva che l' iscrizione

era nulla, che il debito era estinto o prescritto e che, in simili casi, era facilissima la collusione del debitore e del creditore a danno di chi aveva acquistato l'immobile; e perciò appunto gli dà il diritto di eccepire contro il *preteso* creditore le eccezioni omesse dal debitore, e così sventare la frode concertata contro di lui (1).

Ora se in tal caso giustamente si è preoccupato il legislatore della collusione o della negligenza, poichè il più delle volte chi ha alienato non ha alcun interesse a difendere la cosa, di tali pericoli non è neppure a parlarsi nell'ipotesi dell'acquisto posteriore al giudicato, poichè vi è stato sempre in giudizio il principale, anzi l'unico interessato. E si noti, inoltre, che il terzo possessore si è fatto conoscere al creditore, rendendo pubblico il proprio acquisto con la trascrizione, *anteriore alla sentenza di condanna*, ed è quindi giusto che, se egli non ha voluto o creduto chiamarlo in causa, discuta in contradditorio di lui le ragioni non fatte valere dal debitore, ma ciò non sarebbe egualmeute giusto pel revindicante trattandosi di acquirente *posteriore* al giudicato. Ed il requisito della trascrizione è di tale importanza, che generalmente si ritiene che il terzo non abbia il diritto di opporre le eccezioni non opposte dal debitore, allorchè la sentenza di condanna contro costui è passata già in giudicato al momento in cui il terzo trascrive il titolo di acquisto. In tal caso avrebbe soltanto il diritto di opporre le eccezioni che possono essere opposte dal debitore, dopo la condanna.

Non vi è adunque quella identità di ragioni che può giustificare l'argomento analogico.

In fine è vero che, pel nostro sistema imperfetto di pubblicità, l'acquirente può essere vittima della sua ignoranza o buona fede. Infatti, non essendo soggetti a trascrizione gli atti semplicemente dichiarativi di diritti, è ordinata la pubblicità delle sentenze, come *formalità essenziale* rispetto ai terzi, solo allorchè facciano le veci di atto traslativo (art. 1932 n. 4 (2)) e l'annotazione di esse come semplice *notizia*, quando pronunciano l'*annullamento*, la revocazione, la rescissione e la risoluzione di atti trascritti (art. 1934). Or nel caso dell'annullamento non può comprendersi anche la sen-

(1) Ved. **Pastore,** *Com. Cod. civ. alb.* art. 2287.

(2) Non facciamo menzione del n. 8 dell'art. 1932, poichè esso, pel principio scritto nell'art. 1314, non ha senso, se non si intende limitato ai soli atti indicati nel n. 7, mutandosi il plurale, *numeri precedenti*, nel singolare, ed in tal caso la sentenza non starebbe più per atto traslativo.

tenza, che accolga la domanda di revindicazione d'immobili, perchè esclude ogni precedente rapporto contrattuale (1), e quindi, per tali sentenze, come per le dimande di revindicazione manca qualsiasi mezzo di pubblicità. Ma che per ciò? L'acquirente corre certamente il rischio di acquistare un immobile, la cui proprietà abbia già un giudicato dichiarato non appartenere al dante causa, ma ciò ci autorizza soltanto a desiderare una riforma del nostro sistema imperfetto di pubblicità. E già da gran tempo autorevoli scrittori fan voti che alle considerazioni strettamente giuridiche prevalgano le necessità *sociali* ed *economiche*, e si ordini la trascrizione degli atti dichiarativi, e, nella specie, di ogni sentenza che induce una mutazione nelle condizioni estrinseche di una proprietà, cioè che importa uno spostamento nel possesso di un immobile o di altro diritto capace d'ipoteca. Ciò interessa infatti la sicurezza degli acquisti e la buona fede dei terzi, e dovrebbe essere portato a loro cognizione.

Ma non è corretto argomentare dagli inconvenienti: *cave a consequentiariis*.

E si provvederebbe poi davvero allo sconcio, col non estenderne l'efficacia del giudicato? Noi non lo crediamo. Ed infatti si noti che l'acquirente *posteriore* al giudicato non può del certo temere di collusione o negligenza nella difesa da parte del proprietario, egli invece può giustamente temere di acquistare da un disperato un immobile che più non gli appartiene. Tale è il suo pericolo, cui non provvederebbe del certo il non estendersi contro di lui il giudicato, ma soltanto una riforma del nostro sistema imperfetto di pubblicità.

66.° Dal giudicato nasce l'*exceptio rei iudicatae*, nei limiti del diritto accertato dalla sentenza, che si oppone al rinnovamento della stessa quistione (art. 1351 Cod. civ.), ma nasce altresì (quando la domanda è accolta) una azione speciale, detta *actio iudicati*, diretta alla esecuzione della sentenza medesima (art. 554 pr. civ.).

(1) Tuttavia qualche scrittore, come il **Luzzati** (*Della trascrizione* V. I, p. 309) ritiene che anche tale sentenza vada trascritta, non ostante che l'atto annullato sia *res inter alios acta* pel revindicante. Abbiamo preferito l'opinione contraria del **Flandin** (n. 631) e di altri, ma se anche così non fosse, non sarebbero neppure di molto spostati i termini della quistione, poichè l'annotazione è ordinata con sanzioni penali quasi che nulle, insufficienti a ben garentire i diritti del terzo.

Or se la sentenza ottenuta contro l'autore fa stato contro l'avente causa con titolo posteriore al giudicato, potrà senz'altro eseguirsi contro di lui?

Nel diritto romano, l'esecuzione della sentenza non era, come nel diritto moderno, un semplice effetto della cosa giudicata, ma bisognava chiedere, con una nuova procedura, l'*actio iudicati* ad un magistrato diverso dal *iudex* e fornito di *imperium* (l. 2, 15 pr. Dig. 42, 1). Il convenuto nel giudizio di cognizione od il terzo, nel caso che la sentenza faceva stato anche contro di lui, non poteva più in tale procedura agitare la quistione già definita col giudicato, ma poteva soltanto far ricorso a due mezzi di difesa, cioè contestare la *esistenza* o la *validità* del giudicato, come nel caso della nullità di rito, della contumacia, dell'intrigo ecc. (1), ovvero sostenere che l'obbligazione creata dal giudicato non più sussistesse per un fatto posteriore, come la remissione dell'*obbligatio iudicati* o la transazione per le azioni personali, ovvero per una *nova causa petendi* (2), trattandosi di azioni reali. Epperò ben poteva il magistrato ricusarsi di dare esecutorietà alla sentenza, quando trovasse sussistere una di tali ragioni.

(1) l. 1-4 Dig. *quae sententiae sine appell. rescindantur* (49, 8) — l. 74 §. 2, 75 Dig *de iudiciis* (5, 1) — l. 4 §. 6; l. 9, 44, 45 §. 2; l. 59 §. 3 Dig. (42, 1) — l. 11, 23 §. 1 Dig. *de appell.* (49, 1).

(2) I giureconsulti romani, pur ammettendo il principio dell'*adprehensio uno iudicio omnium causarum* (cioè che nelle azioni reali l'identità del diritto è sempre determinata dalla identità dell'obbietto, che non può appartenere ad alcuno in proprietà a più di un titolo) come eccezione ritennero, per motivi di equità, che l'*exceptio rei iudicatae* non ostasse nel caso di una *causa adiecta* o *superveniens*. Infatti la l. 11 §. 4 Dig. (44, 2) detta: « Si forte petierim fundum vel hominem mox alia causa nova post petitionem accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio ». E più giù nel §. 5 si legge: « Adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit ». Anche l'avente causa poteva esimersi dal giudicato con l'opporre difese *ex causa nova*, come infatti risulta dal frammento di Macro, che sebbene si riferisca a nuovi titoli prodotti dal terzo, vale anche, per identità di ragioni, per una *causa nova* eccepita dal possessore del fondo: « Diversa causa est si fundum a te Titius petierit quem ego quoque, sed non ex persona Titii ad me pertinere dico, nam quamvis contra Titium me sciente, judicatum sit, nullum praejudicium patior; quia neque eo jure quo Titius victus est vindico; neque potui Titio intercedere quominus suo iure utatur sicut et de cohaerede diximus » l. 63 cit.

Nel diritto intermedio, si distinse eziandio l'efficacia intrinseca del giudicato dalla sua esecutorietà; ed è davvero notevole il seguente brano dell'Alciati: « quamvis lex prohibeat translatione possessionis lite pendente, quia res efficitur litigiosa, si tamen sit adversus prohibitionem legis translata possessio *non possit fieri in ea exsecutio nisi citato possessore*, quia quamvis lex resistat translationis possessionis nihilominus transfertur *et possessor semper est citandus etiam si praedo et quantumvis iniustus*, *alioquin exsecutio est nulla* (1). Carlo II *pinguius provvidendo* in cap. Regni Conventus disposuiit, quod iudicium cum alienatoris persona compleatur et si possessio per mille ambulaverit manus *exsecutio contra possessorem fiat etiam* non citatum (2) ». Qualche scrittore posteriore, come il Riccio (loc. cit.) ed il De Afflictis (loc. cit.), ritiene che non fosse sempre necessario citare il possessore, ma solo allorchè la persona contro di cui si procedeva appartenesse a diversa giurisdizione, ma il Cancer (p. II, Cap. XII, n. 22) consiglia di citar sempre per maggior cautela l'acquirente. Costui poi poteva sempre eccepire ragioni *ex causa nova* ed anche *ex causa auctoris*, quando vi fosse stato da parte di costui dolo, collusione od imperizia (3).

In quanto al diritto moderno, il Libro secondo del nostro codice di pr. civ. sancisce, ripetute volte, che la sentenza è titolo esecutivo soltanto contro la parte *condannata*. Il solo art. 560 dichiara eccezionalmente che i titoli esecutivi contro il defunto sono esecutivi contro gli *eredi* (e non anche contro i successori a titolo particolare), poichè, rappresentando l'erede la personalità giuridica del defunto, si sarebbe sottoposto l'attore ad un inutile sciupio di tempo e di danaro. E nel titolo IV Della esecuzione per consegna o rilascio di beni, che riguarda propriamente il caso nostro, dichiarasi ripetutamente che la sentenza non può eseguirsi che contro il *condannato*, (art. 741 pr. civ.), ed alla sola *parte condannata* si ingiunge di rilasciare, (art. 742, 745 pr. civ.). Non può quindi l'usciere procedere ad esecuzione per rilascio, se nel possesso del fondo trova altri e non la *parte condannata*, e se lo facesse, in contraddizione della legge, sarebbe nullo il verbale di esecuzione e si potrebbe far luogo all'azione di turbativa di possesso per mo-

(1) *Responsorum* liber VI, n. 2 e 3.
(2) **Riccio,** *Praxis civilis,* Cap. XXV — **De Afflictis,** dec. 396.
(3) Ved. **Strychio,** Op. e loc. cit. — **Fabro,** *Cod.* lib. 7, tit. 22.

lestie di diritto (1), come è ritenuto anche pel caso analogo che l'aggiudicatario, in virtù del verbale di deliberamento, proceda per il rilascio contro un possessore del fondo diverso dal debitore espropriato (2). Solo l'art. 200 pr. civ. contempla eccezionalmente il caso che la sentenza profferita contro il *garante (causam dans)* sia esecutiva anche contro il *garentito (causam habens)*. Ma è fuori dubbio che questo articolo, in verità abbastanza mal redatto, riflette il caso che il garentito, *convenuto* in giudizio, abbia chiamato in garenzia il suo autore, e che non fu quindi del tutto estraneo alla lite, anche quando abbia chiesto ed ottenuto la messa fuori causa; ciò è comprovato dal posto che occupa, cioè sotto il titolo della chiamata in garenzia, dalla disposizione dell'art. 198, con la quale vuole esser posto in relazione, e specialmente dalla dicitura dell'art. 185 Cod. pr. civ. franc. dal quale il nostro fu tratto.

Tali disposizioni del nostro codice di procedura civile vanno anche giustificate da un punto di vista razionale. Infatti è oramai generalmente ritenuto che anche la revindica è un giudizio relativo, e che deve accogliersi la domanda dell'attore anche quando costui non abbia pienamente provato a suo favore l'esistenza del dominio, ma soltanto un diritto poziore sul convenuto. Quindi, può bene avvenire che il terzo possessore non si serva della qualità di *avente causa*, ma invochi *ragioni proprie*, come l'usucapione o l'acquisto *ab alio* che aveva diritti poziori dell'attore, e riesca così vittorioso sul revindicante. Or, e poichè, d'altra parte, non si può *a priori* conoscere se il terzo possessore del fondo produca *ragioni proprie* o *ex persona auctoris*, doveva di regola stabilirsi l'ineseguibilità della sentenza. Altrimenti il possessore, pur avendo titoli propri di dominio, si troverebbe *costretto* a difendersi *in executivis*, mentre viene da tutti riconosciuto, essere puramente *facoltativo* pel convenuto difendersi in sede di cognizione o di esecuzione.

Sicchè risulta chiaro, come non possa *giammai* la sentenza eseguirsi contro il possessore non condannato; ed il revindicante dovrà in ogni caso riproporre l'istanza contro il *nuovo* possessore per ottenere una sentenza esecutiva contro di lui, anche quando la sentenza, rispetto al contenuto, avesse efficacia di cosa giudicata. Nessun danno poi proviene all'attore dal dovere agire novella-

(1) Cass. Napoli 12 Febbraio 1885 e 17 Febbraio 1887 (*Gazz. Proc.* XII, 128).

(2) Cf. **Mirabelli**, *Diritto dei terzi*, p. 156 e 157.

mente con un giudizio di cognizione, poichè, o il terzo acquirente non ha ragioni nuove, e la lite sarà prontamente definita senza pericolo di opposizione nella procedura esecutiva, o ha ragioni nuove, e queste discusse, sarà fornito l'attore di un titolo certo ed inattaccabile *in executivis*. Avrebbe potuto invece esserne danneggiato l'acquirente, poichè è affermato da una concorde dottrina e giurisprudenza che possono opporsi *in executivis* soltanto ragioni di pronta soluzione, e tali non sono, soventi, le quistioni di proprietà o di usucapione. Quindi le disposizioni del nostro codice sono davvero degne di lode.

Ispirandosi a tali principii, la Cassazione di Napoli, nella causa *Mazza* contro *Seminario di Catanzaro*, con pronunciato del 20 Aprile 1891, ha stabilito che la sentenza emessa in giudizio di revindica non può *eseguirsi* contro gli aventi causa del convenuto, anche se l'atto di acquisto fu *posteriore* al giudicato.

Dovrà quindi il revindicante riproporre l'istanza contro il nuovo possessore per munirsi di un giudicato esecutivo anche contro di lui. Or quali ragioni potrà in tal giudizio far valere l'avente causa?

Nell'ipotesi dell'acquisto *ante litem motam* o *iudicio pendente,* non avendo il giudicato contro il dante causa alcuna autorità contro il terzo acquirente, dovrà contro costui esperimentarsi una vera e propria azione di revindicazione *ex integro*, in cui l'avente causa potrà far valere ogni sorta di ragioni, anche quelle sperimentate dal suo autore o da costui non volute o potute far valere. Potrà quindi in tal caso valersi l'attore della sentenza ottenuta contro l'alienante, non per i suoi *effetti giuridici*, essendo profferita *inter alios*, ma solo per la sua *forza probante*, cioè come documento, come *praesumptio veritatis*. Tale distinzione è fondata sull'art. 363 pr. civ., che concede la clausola provvisoria nel caso di *domanda* fondata su *sentenza passata in giudicato,* e sarebbe davvero assurdo pensare che la legge si riferisca, in tal caso, ad un giudicato *vero* e *proprio*.

Ma nell'ipotesi invece dell'acquisto posteriore al giudicato, facendo stato la sentenza anche contro l'acquirente, non potrà costui opporre che ragioni *ex causa nova vel ex causa propria*. Potrà quindi far valere la prescrizione trentennale estintiva dell'*actio iudicati* (come potrebbe lo stesso dante causa), l'usucapione decennale o l'acquisto *ab alio*, cioè da un terzo che non fu parte in causa, come era anche pel diritto romano, ma non mai le ragioni del *causam dans* già distrutte dal giudicato.

Potrà impugnare, come nel diritto romano ed intermedio la *validità* della sentenza? No, certamente, poichè nel diritto romano le sentenze per produrre la cosa giudicata dovevano essere *valide*, altrimenti non esistevano giuridicamente, nè faceva d'uopo di altro giudizio per farle dichiarare tali, oggi invece ogni nullità, sebbene dichiarata dalla legge, non opera *per se stessa*, ed i gravami ed i termini sono stabiliti con norme rigide ed inflessibili.

Ci si obbietta che sarebbe erroneo pensare nel diritto moderno che una sentenza possa avere efficacia di cosa giudicata, riguardo al *contenuto*, quando non l'ha riguardo all'*esecuzione*, poichè nel diritto moderno il giudicato ha di per sè forza esecutiva (art. 554 pr. civ.). Intendiamo bene che oggi, scomparse le ragioni storiche e politiche della distinzione romana tra la podestà deliberativa e quella esecutiva, l'autorità giudiziaria possiede sempre la *giurisdizione piena* e che quindi ogni sua sentenza è di per sè stessa esecutiva; ma noi crediamo che l'acquirente posteriore al giudicato resti legato dalla sentenza, poichè i principii generali di diritto ne estendono contro di lui il *contenuto giuridico*, ma che d'altra parte, non essendo stato contemplato nella sentenza, non essendo state valutate le sue ragioni, abbia anche diritto a farle valere in un giudizio di cognizione, senza essere costretto ad opporsi soltanto *in executivis*. Sarà un giudizio di pura forma, se niuna ragione *ex causa proprio* o *ex causa nova* avrà da sperimentare il convenuto, ed in tal caso l'attore dovrà limitarsi solo a chiedere al magistrato la *dichiarazione espressa* di estensione del giudicato al *nuovo* possessore; sarà poi un vero e *pieno* giudizio di cognizione, se il nuovo possessore o ripete il suo diritto da un *terzo* che non fu parte in causa, e che se è poziore potrà ben superare quello dell'attore, ovvero ha da esperire altre ragioni *ex causa propria* o *ex causa nova*.

Ci sembrano così conciliati i diritti del revindicante e del terzo acquirente, cui per altro, si noti, la quistione non ha grande importanza pratica, poichè nel primo giudizio il diritto di proprietà è stato difeso dal principale, anzi unico interessato.

67.° Per la sicurezza degli acquisti e per maggiore garenzia dei diritti del revindicante, facciamo voti per la pubblicità delle domande di revindicazione.

Nella discussione parlamentare, l'on. *Romano* propose che se ne ordinasse la trascrizione, e la proposta fu poi sostenuta, nella Commissione Coordinatrice, dall'on. *Mancini*. Ma il *Precerutti* ed

il *Vaccarone* osservarono in contrario che non poteva assimilarsi la revindica, senza snaturarla, a gli altri casi dell'art. 1933 n.° 3, importando questi il rispetto dei diritti acquistati anteriormente alla trascrizione della domanda. E dopo tale obbiezione, il *Mancini* ed il *Niutta* volevano che la trascrizione servisse come semplice *notizia*, come mezzo *preventivo*, per impedire che al danno inevitabile dei terzi che acquistarono dei diritti anteriormente alla domanda di revindicazione, non si aggiungesse il danno di altri terzi ignari del giudizio pendente. Ma disgraziatamente la proposta fu respinta senza plausibili ragioni (1).

Grande sarebbe poi l'efficacia della trascrizione, se venisse *invece* ordinata, secondo il sistema prussiano, come *legittimazione attiva e passiva dell'azione*, cioè come presunzione e prova del vero proprietario e possessore (2). Sarebbero così tolte di mezzo moltissime difficoltà processuali, poichè l'attore sarebbe esonerato dal fare in ogni occasione la *probatio diabolica* del suo diritto di proprietà, considerandosi l'iscritto, salvo prova in contrario, come il titolare del diritto *(legittimazione attiva)*. E non sarebbe inoltre costretto ad iniziare un nuovo giudizio contro il nuovo possessore, se il primo *dolo desiit possidere*, poichè contro l'iscritto si potrebbero proporre tutte le azioni *reali*, quand'anche egli non sia nel materiale possesso del fondo *(legittimazione passiva)*. Onde, la sentenza ottenuta contro l'iscritto varrebbe *erga omnes*, senza alterare la natura della revindica, come ricupero della cosa libera di ogni peso.

Avv. Filippo Longo

---

(1) Cfr. **Gianzana,** Cod. civ. Vol. II, p. 63 e Vol. III, p. 454.
(2) Cfr. **Gianturco,** *Studi e ricerche sulla trascrizione*, p. 44 e 73.

LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLO STRANIERO

NEL PASSATO E NEL PRESENTE

INTRODUZIONE

Il diritto internazionale privato, che sotto tanti aspetti si differenzia dal diritto internazionale pubblico e percorre un campo tanto diverso, ha però con quest'ultima disciplina un importantissimo punto di contatto, un principio fondamentale comune; l'obbligazione cioè in ciascuno Stato di riconoscere negli stranieri quei diritti che, essendo ad essi inerenti nella loro qualità di uomini e non di cittadini, meritano di essere sempre e dovunque rispettati. Nessuno Stato, ben dice il Grasso, può isolarsi in modo assoluto, o respingere ogni commercio con altri popoli, o negare ai cittadini stranieri l'ingresso e il soggiorno nei propri territori, senza porsi al bando dell'umanità incivilita, senza rompere i vincoli che collegano l'intera famiglia umana (1). Solamente quando questa convinzione sia ovunque penetrata, si può logicamente ammettere che una legge nazionale estenda il proprio impero al di là del territorio in cui fu sancita, e si può passare a determinare i limiti e l'autorità delle diverse leggi in ordine allo spazio. Ma se tale principio non si fosse ancora fatto strada nella coscienza giuridica dei popoli, sarebbe da conchiudersi che ad essi non si è tampoco affacciato il problema del diritto internazionale privato. Se lo straniero, in un dato ordine di rapporti sociali, non godesse diritto alcuno, non ci sarebbe più luogo a determinare la legge dalla quale questi suoi rapporti sono retti: il diritto internazionale sarebbe impossibile. Così, a cagione d'esempio, nel sistema del codice Napoleone non esiste per gli stranieri residenti in Francia la garantia dell'ipoteca legale; orbene, secondo questo sistema poco importa

(1) **Giacomo Grasso.** — *Principii di diritto internazionale*, libro II, §. 84. Firenze 1889.

che la legge del minore straniero differisca dalla legge francese; il minore straniero non potrà mai domandare ai tribunali francesi una garantia reale nè secondo la legge di Francia nè secondo quella del proprio paese. Così in Inghilterra prima che l'atto 12 Maggio 1870 assimilasse lo straniero al cittadino per ciò che concerne il possesso, il godimento, l'acquisto e la trasmissione della proprietà mobiliare e immobiliare, un conflitto legislativo intorno a queste materie non poteva in nessun modo verificarsi, poichè, essendo in Inghilterra di regola negati tali diritti agli stranieri, è chiaro che nè la legge inglese nè alcun'altra legge del mondo li poteva regolare. Se a tutti i rapporti possibili di diritto presiedesse un sistema analogo agli esempi ora citati, è naturale che nessun fatto giuridico darebbe origine a un conflitto di legislazione e il diritto internazionale privato non avrebbe ragione di essere.

Eppure il principio dell'eguaglianza del cittadino e del forestiero nel godimento del diritto civile, se è oggidì un assioma (1) della scienza, è tuttavia ben lungi dall'essere praticamente riconosciuto; ed anche come canone scientifico, non è penetrato che assai tardi nella coscienza universale e s'è svolto laboriosamente attraverso la storia dell'umano incivilimento. Studiare dunque questo concetto nel suo dinamismo storico è quanto ci proponiamo di fare col presente lavoro persuasi che il vedere com'esso non possa dirsi il prodotto di un'epoca o d'una scuola, ma si sia venuto gradatamente sviluppando e rafforzando attraverso le infinite resistenze della tradizione fino a dominare ai nostri giorni il mondo scientifico, sia una novella riprova della sua verità.

Questa sua intrinseca verità lo farà in un avvenire più o meno remoto discendere dal campo delle idee in quello della vita reale, e quando tutti i singoli codici lo avranno affermato nelle loro disposizioni positive, allora soltanto sarà creato un ambiente favorevole allo sviluppo del diritto internazionale privato che potrà uscire da quello stato d'infanzia in cui s'è conservato fino all'età nostra (2).

(1) Così lo chiama il **Bar,** *Das internationale Privatrecht*, 1862, pag. 64.

(2) Anche l'**Esperson,** chiama l'eguaglianza giuridica del forestiero di fronte al cittadino una questione pregiudiziale rispetto a quella di cui s'occupa la scienza dei conflitti delle leggi in ordine allo spazio. È invece deplorevole che molti scrittori o abbiano confuso insieme i due argomenti, o abbiano trattato il secondo curandosi poco o nulla del primo.

PARTE PRIMA

Capitolo I.

Il mondo antichissimo.

Quell'epoca oggi con tanto amore studiata dagli eruditi nella quale fiorirono le splendide civiltà orientali si potrebbe chiamare l'età preistorica del diritto internazionale. Osserva il Brocher (1) che le antiche civiltà, assorbite in vasti imperi o disperse in municipalità rivali, caratterizzate dall'odio o dal disprezzo degli stranieri potevano difficilmente produrre regole analoghe a quelle che dovevano nascere più tardi in mezzo a circostanze differenti. Nè poteva accadere altrimenti in un tempo in cui ogni nazione, o a dir meglio ogni razza (2), misconosceva nello straniero la dignità di uomo. A tale risultamento contribuiva presso alcuni popoli la religione più o meno collegata con la forma di governo, in altri il sentimento della propria conservazione, in altri l'interesse e l'egoismo commerciale; in tutti la diversità di costumi, di civiltà, di potenza mantenuta sempre viva da un perpetuo stato di isolamento ostile.

Gli Indiani.

Come all'interno avevano per dogma la distinzione delle caste (3) così all'esterno ammettevano un'assoluta separazione tra le genti. Gli stranieri, ossia tutti quelli che si trovavano fuori dai limiti della terra sacra destinata al soggiorno degli Aria, erano ritenuti impuri di costumi e di linguaggio e venivano chiamati

(1) **Carlo Brocher,** *Delle basi teoriche del dir. internazionale privato.* Parigi 1878.

(2) L'**Albicini,** (*La nazionalità.* Prelezione al corso di dr. internazionale 1870) dimostra infatti come nell'antichità non esistessero nazioni propriamente dette ma solo stati, cioè riunioni accidentali d'individui aggregati e sottomessi da una forza soverchiatrice.

(3) Manù (Legge VII §. 24) proibisce di spezzare le barriere che dividono l'una casta dall'altra.

Mletka » parola che corrisponde all'espressione « barbari » dei Greci. I Mletka poi nel concetto del legislatore indiano sono equiparati agli elefanti, ai cavalli, ai leoni, alle tigri ed ai cinghiali e formano con questi animali la classe delle anime immerse nell'oscurità (1). Gli Aria si attribuivano la missione di purificare tutte le regioni distruggendo le razze Ariane e il supremo diritto di disporre dei beni e della vita degli uomini.

Gli Ebrei.

Erano interamente dominati dall'idea religiosa vantandosi a giusto titolo di essere i depositari dell'unità di Dio, e dal dogma dell'unità di Dio traevano come conseguenza logica l'unità della razze umana. Senonchè l'opinione d'essere essi soli i depositari della vera fede inspirava loro un'idea troppo alta della propria superiorità e pareva anzi che la divinità stessa sanzionasse il loro eccessivo eclusivismo. Jehova ha stretto un'alleanza speciale con Abramo e la conferma con Isacco e con Giacobbe per distinguere i loro discendenti dal resto del genere umano e tutto lo studio di Mosè e degli altri condottieri del popolo di Dio è di conservarlo puro e separato da tutti gli altri. Benchè la legge mosaica contenga disposizioni umane verso i forestieri (2) tuttavia esse non rappresentano che l'effetto d'un sentimento di compassione, non un concetto di comunanza giuridica: gli stranieri nemici erano trattati con eccessiva durezza, gli stranieri schiavi non avevano diritto alla emancipazione.

Gli Egiziani.

Questo popolo melanconico, paziente e superstizioso sfogava in guerre continue il suo odio profondo per gli stranieri, odio che non tollerava nemmeno l'ospitalità tanto che il Montesquieu chiama l'Egitto il Giappone del mondo antico. Non v'è Egiziano, dice Erodoto, che voglia abbracciare un Greco nè servirsi del coltello di un Greco, nè assaggiare la carne d'un bove che sia stato ta-

(1) Codice di Manù, legge XII, §§. 40 e 43.

(2) **Esodo,** cap. XII, vers. 21: « Advenam non contristabis, advenae enim et ipsi fuistis in terra Aegypti ». **Levitico,** cap. XIX, vers. 33: « Sit advena inter vos quasi indigenns et diligite eum quasimet vos ipsos ».

gliato col coltello d'un Greco. Lo stesso storico ci fa sapere che se un forestiero approdava alle bocche del Nilo doveva giurare che vi era stato tratto dalla necessità e, o ripartire o, impedendolo i venti, trasportare altrove le merci. Per indicare il loro disprezzo verso gli stranieri, gli Egiziani scolpivano sui monumenti che nessun cittadino vi aveva prestata l'opera sua. Quando poi imprendevano una guerra contro un altro popolo era guerra di sterminio, i prigionieri nemici venivano sacrificati, le loro teste ornavano il carro del vincitore ed era gloria del re il mostrarsi in mezzo a trofei sanguinosi di corpi trucidati.

I Persiani.

Benchè il Bossuet ce li dipinga onesti, civili e liberali verso gli stranieri, e gli antichi storici, magnificandone l'ospitalità, ci parlino persino d'un ministro commesso a prender cura degli ospiti (1), tuttavia noi non osiamo affermare che questo popolo formasse una eccezione al concetto d'esclusivismo e di rigore che, in quanto al trattamento dello straniero, dominava in tutta l'antichità orientale. Ce ne fanno dubitare le crudeltà atroci con cui raffermavano le loro conquiste, e la schiavitù di guerra da essi instaurata senza neppure il rispetto per la natura fisica del vinto (2) che ci da a divedere come alle loro menti non fosse neppure balenata l'idea d'un'eguaglianza naturale tra gli uomini. È ben vero che alcuni illustri Greci quali ad esempio Temistocle ed Agesilao trovarono presso la corte di Persia onesta e ospitale accoglienza, ma egli è a credersi che la sola politica fosse consigliera di queste cortesie. I monarchi persiani cercavano l'amicizia di coloro che non avevano saputo vincere.

I Fenici ed i Cartaginesi.

Entrambi popoli marittimi provveduti di territorio non molto esteso sentirono ben presto la necessità di dare sfogo alla popolazione crescente e povera col portarla su lidi forestieri. Per questo furono eminentemente colonizzatori e commerciali, ma il commercio

(1) **Plutarco,** *vita d'Agesilao*

(2) Erodoto ci dice (l. VI §. 9. n. 32) che scieglievano i più bei fanciulli per farne eunuchi.

stesso, per essi, era una guerra (1). I Fenici colavano a fondo i vascelli stranieri e ne gittavano le ciurme in mare per impedire ogni comunicazione coi forestieri ed evitarne la concorrenza, devastavano i territori vicini alle loro colonie e ne distruggevano le città, e i Cartaginesi, allorquando trovavano marinai stranieri che navigavano verso la Sardegna o le colonne d'Ercole, li annegavano per impedir loro di trafficare con quei paesi dei quali volevano riservarsi l'esclusivo monopolio (2). Se anche i Cartaginesi conobbero qualche istituto d'ospitalità (3), esso non era che il portato della necessità in cui si trovavano di dare una qualche guarentigia ai forestieri che si trovavano sul loro territorio per intrattenervi relazioni commerciali.

I Chinesi (4)

L'antica Cina, avanti l'êra Cristiana, si reggeva con un sistema di Stati feudali sotto la supremazia d'un imperatore. Fra questi Stati correvano buoni rapporti, i negozianti erano rispettati e benevisi, le scuole d'uno Stato erano frequentate dagli studenti degli altri e quelli che si segnalavano erano ammessi al servizio dei principi stranieri qualunque fosse la loro nazionalità, i filosofi e i riformatori politici viaggiavano di corte in corte alla ricerca di patroni. Ma i popoli vicini meno civili erano trattati assai più duramente. Sendosi una tribù barbara presentata alla corte di Tsin per conchiudere un trattato di pace e d'amicizia quel principe esclamò: Che idee son queste d'amicizia? Non vale la pena che si facciano trattati coi selvaggi. Nella dottrina di Confucio poi si affermano questi due principî:

(1) Il **Laurent** (*Études sur l'histoire de l'umanité*, t. I) osserva che mentre si potrebbe credere che i popoli commerciali siano più atti di ogni altro ad espandere i benefici della civiltà, la storia invece attesta che il loro dominio è più oppressivo di quello delle nazioni guerriere. Ciò perchè l'ambizione è un movente più nobile che l'amore dell'oro.

(2) **Movers,** *Die Phoenizier* t. II, 2, pag. 42. **Montesquieu,** *Esprit des lois*, XXI, II.

(3) Pare conoscessero la *tessera hospitalis:* così almeno afferma il **Münster** (*Die Religion des Karthages*) desumendolo da una iscrizione greca.

(4) Il sig. **M. W. P. Martin,** presidente del Tungwem-College, a Peking, nel 1881, al congresso degli orientalisti di Berlino, tenne un discorso dal titolo: *Les vestiges d'un droit international dans l'ancienne Chine.*

I. Bisogna trattar bene ed umanamente le persone che vengono di lontano.

II. Quando un re è illuminato ed ama veramente la virtù, tutti gli stranieri vicini o lontani vengono a sottomettersi a lui e ad offrirgli i prodotti del loro paese.

Come dunque si vede in tutto il mondo antico, tranne alcuni precetti di umanità inseriti nelle leggi dei popoli teocratici, non troviamo verso lo straniero che sentimenti d'odio e di disprezzo. Fu solo quando i popoli cominciarono a smuoversi dallo stato di isolamento in cui rimasero per tanti sècoli e incominciarono a conoscersi reciprocamente che potè sorgere in essi l'idea d'una comunanza di diritto. Bisognava che svariate cagioni quali i commerci, le emigrazioni, le guerre stesse ponessero le varie nazioni in frequente ed anche violento contatto per vincere quella naturale ripugnanza che ognuna di esse provava per tutte le altre. Ma più di tutto era necessario che il pensiero filosofico, sciolto dai lacci teocratici e sacerdotali, potesse in un regime liberale affermare quelle verità fondamentali che, ristrette dapprima in un campo puramente speculativo e morale, furono poi feconde di pratiche applicazioni nell'ordine giuridico. E il popolo presso il quale queste condizioni poterono stabilirsi fu, come vedremo, il popolo greco.

Capitolo II.

Il Mondo greco-romano.

La Grecia

La Grecia non ebbe da principio stabili abitatori e quelli che successivamente vi si insediarono provennero dall'Asia donde portarono usi e costumi (1). Fra i primitivi Elleni adunque le relazioni internazionali non dovettero essere gran fatto diverse da ciò

(1) Sui tempi primitivi della Grecia ci conservarono molte tradizioni **Erodoto** (di cui ebbimo sott'occhio la traduzione di Andrea Mustoxidi, Milano 1820) **Plutarco** e **Strabone**. Ci offre inoltre preziose notizie la descrizione della Grecia di **Pausania** (Volgarizzamento di Sebastiano Ciampi, Milano 1826) e l'Introduzione di **Tucidide**.

che furono nell'Oriente, ma i Greci, sotto il doppio influsso di nuove stirpi ben presto sopraggiunte e della natura del suolo che presero ad abitare, non tardarono ad imprimere un carattere originale a tutto ciò che tolsero dagli altri popoli e ben presto si incominciò presso di loro a discutere razionalmente sui rapporti giuridici tra i cittadini e lo Stato e tra i cittadini ed i forestieri. I pensatori greci furono i primi a presentire l'eguaglianza naturale degli uomini, e se le loro speculazioni, per il contrasto in Grecia più che altrove spiccato tra l'ideale e il reale, tra il diritto e il fatto, ben poca influenza esercitarono sulla legislazione e sui costumi tradizionali del popolo, tuttavia gittarono un seme che doveva più tardi recare i suoi frutti. Ma dapprincipio il popolo, lo ripetiamo, si tenne ligio agli usi del passato; i greci designavano col nome di barbari tutti gli uomini che non appartenevano alla loro famiglia, il qual appellativo in origine esprimeva l'avversione verso chi parlava una lingua straniera, poi, quando si sentirono superiori in intelligenza ad ogni altra nazione, vi si aggiunse l'idea di disprezzo unita a una volontà di dominazione per cui: « cum alienigenis, cum barbaris aeternum omnibus Graecis bellum est » (1). Di più gli individui stessi appartenenti alla greca famiglia erano trattati quasi come barbari allorchè uscivano dalle mura della loro città. Ciò dipendeva, come ben osserva il Laurent (2) da quell'eccessivo spirito di divisione caratteristico della razza greca.

Non era permesso ad un ateniese di sposare una donna di Tebe e ci volle un trattato perchè gli abitanti di due città dell'isola di Creta potessero unirsi in matrimonio. Gli stranieri non potevano stare in giudizio, non avevano facoltà di disporre dei loro beni per testamento ed è più che probabile che l'eredità non passasse ai loro parenti.

Ma appunto per la grande diversità tra l'una e l'altra città della Grecia ci faremo un'idea più esatta di ciò che fossero in esse i diritti degli stranieri quando li avremo studiati nelle due repubbliche che per tanto tempo si contrastarono l'egemonia e che rappresentano i due tipi opposti del carattere greco: Sparta ed Atene.

(1) **Livio,** *Hist.*, XXXI, 29.
(2) *Droit civil international*, Bruxelles, 1880, I, pag. 121.

Sparta

A Sparta la severità delle leggi di Licurgo si esplicava specialmente nelle disposizioni sancite contro gli stranieri (1) tra le quali la più grave era la xenelasia (2) che, secondo alcuni, era il divieto assoluto dell'ingresso dello straniero nel territorio spartano, secondo altri il diritto conferito allo Stato di espellere gli stranieri che per il modo di vivere e le opinioni da loro professate potessero corrompere i costumi pubblici e privati. Noi riteniamo più verosimile questa seconda opinione, tanto è vero che taluni forestieri i quali si adattavano alle costumanze paesane erano tollerati nella città (3), ma ad ogni modo l'istituto della xenelasia ci da un'idea dell'estrema diffidenza con cui in Lacedemona si considerava tutto ciò che non avesse carattere strettamente indigeno. Si temeva che i cittadini venendo a contatto con uomini dati alle mollezze della vita potessero cedere alla corruttela e all'amor dei piaceri e perdere quel carattere austero e quell'educazione rude e militare al cui mantenimento erano inspirate le leggi severissime di Licurgo.

Atene

Atene nella sua prima costituzione aveva tre specie d'arconti; l'arconte eponimo, l'arconte re e l'arconte polemarco; il primo era il difensore del cittadino, il secondo era rivestito di carattere sacerdotale, il terzo capitanava tutte le forze terrestri e navali, stipulava la pace, e allontanava tutti gli stranieri dalla città ammettendovi solo coloro che si accostassero a lui per conchiudere trattati.

(1) **Francesco Alberti,** *Della condizione civile delle persone straniere in Italia*, Genova, 1880.

(2) Aderisce alla prima opinione il **Laghi** (*Il diritto internazionale privato nei suoi rapporti con le leggi territoriali*, Bologna, Zanichelli, 1888, pag. 13) la seconda il **Pierantoni** (*Trattato di diritto internazionale*, Vol. I, pag. 215).

(3) Ad esempio Sparta accolse bene e trattenne presso di se Alcibiabe quando fu esigliato dalla patria sua. D'altronde un'esclusione completa e costante dei forestieri non sarebbe neppure stata possibile nel fatto e sarebbe stata inconciliabile con l'altro istituto che pure Sparta, come tutte le altre città della Grecia, aveva accettato, la prossenia il cui scopo era appunto la protezione e l'ospitalità agli stranieri.

Quando poi i costumi si mitigarono e si trovò utile la residenza degli stranieri per lo scambio dei prodotti, allora lo stesso polemarco fu incaricato della loro protezione e venne così ad assumere un ufficio non dissimile da quello che esercitava in Roma il « praetor peregrinus » (1).

Gli stranieri erano di tre specie:

Alla prima appartenevano quelli che per diletto o per affari si soffermavano qualche tempo in Atene ma conservando lo spirito del ritorno (ξένοι)

Alla seconda quelli che si stabilivano nella città e vi esercitavano la propria industria (μέτοικοι). Costoro erano sottoposti ad oneri speciali: dovevano pagare una tassa annuale (μοτοίκιον) e scegliersi un patrono (προστάτης) che rispondesse della loro condotta e li rappresentasse in tutti gli atti della vita e persino in giudizio. Chi non ottemperasse a queste disposizioni era sottoposto a procedimento criminale e, se convinto reo, venduto. Dovevano inoltre servire nella fanteria, vale a dire combattere in prima linea e da vicino; insomma tante erano le vessazioni cui venivano sottoposti che sorse per denunziarli un' apposita classe di delatori (συκοφάντης) i quali esercitavano per lucro tale vergognoso mestiere.

Finalmente c'era una terza classe di stranieri i quali, per aver resi utili servigi allo Stato, erano esentati dalla tassa annuale ed ottenevano il permesso di acquistare beni immobili nell'Attica. Essi pagavano al tesoro solo quanto pagavano i cittadini ed erano chiamati isoteli: ma l'isotelia non si concedeva che per plebiscito.

Dunque, come si vede, anche in Atene che pur si vantava di essere la città più umana e più cosmopolita del mondo antico la condizione degli stranieri, quantunque meno dura che a Sparta, era ben lungi dall'essere soddisfacente; essi si trovavano fuori dal diritto comune, scarsamente protetti dalle leggi, sempre esposti agli insulti del popolo e ai frizzi ignominiosi che loro si rivolgevano sulla scena (2).

Senonchè non possiamo tacere d'una costumanza che, diffusa in Grecia come in tutto il mondo antico, servì a mitigare d'assai le sofferenze degli stranieri; intendiamo parlare dell'ospitalità. Essa

(1) **Pierantoni,** op. cit., libro II, cap. VIII, § II.

(2) Vedi **W. Wachsmuth,** *Jus gentium quale obtinuit apud Graecos,* Berolinus 1822. — **Th. Sorgenfrey,** *De vestigiis juris gentium Homerici,* Lipsiae, 1871.

stringeva un legame speciale tra l'ospite e l'ospitato, legame che si trasmetteva di padre in figlio. La preghiera con cui il richiedente invocava l'ospitalità aveva un effetto obbligatorio (1) e le Erinni avrebbero punito chi la negava. In appresso l'ospitalità assunse il carattere di una istituzione pubblica e lo Stato delegò a taluni cittadini l'uffizio di proteggere i forestieri. Questi magistrati speciali si chiamavano πρόξενοι e si trovavano specialmente in quelle città nelle quali, come in Delfo, gli stranieri erano numerosi (2).

Ma, come già abbiamo avvertito, non nelle legislazioni nè nei costumi del mondo ellenico ma nelle dottrine dei filosofi dobbiamo ricercare l'embrione di un concetto vero di eguaglianza tra lo straniero ed il cittadino. Poichè la filosofia greca per prima ardì di valicare la cerchia ristretta dello Stato e di assurgere all'idea di un'unica famiglia umana. Le condizioni peculiari che nell'antico oriente avevano impedita questa concezione ormai erano cessate; i popoli, usciti dal primitivo stato di immobilità, s'erano rimescolati entrando così in molteplici relazioni; i nomoteti o nomofilaci avevano già avuto campo di istituire paragoni tra le leggi diverse e di scegliere quanto in ognuna di esse c'era di buono e di utile per il proprio paese; tutto ciò aveva apparecchiato un ottimo terreno perchè la filosofia potesse discernere ciò che nei fatti sociali c'è di vario e di mutevole da ciò che è costante ed inerente alla natura umana. E così potè affermarsi il principio della innata eguaglianza degli uomini, principio che più o meno recisamente è affermato da tutti i pensatori della famiglia greca.

Dicesi che Pitagora non facesse alcuna differenza tra i Greci e i barbari; nell'organizzazione della sua società, egli abbracciava nel suo amore la creazione intera (3). Socrate, richiesto di qual patria egli fosse, rispose di essere cittadino del mondo (4) ed i fi-

(1) Ci narra **Omero** che tostochè Telemano vide un ospite fermo alla sua porta lo fece entrare con queste parole (*Odyss.*, I, v. 123):

Χαῖρε, ξεῖνε, παρ' ἄμμι φιλήσεαι· αὐτὰρ ἔπειτα
δείπνου πασσάμενος μυθήσεαι ὅττεό σε χρή.

Vedi inoltre *Odyss.*, III, v. 70 e seg. e XVII v. 383.

(2) **Erodoto,** VI, 57.

(3) **Laurent,** *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, l. II.

(4) **Cicerone,** *Tusculanarum disputationum*, libro V: Socrates quidem cum rogaretur, cuiatem se esse diceret, « Mumdanum », inquit; totius enim mundi se incolam et civem arbitrabatur.

losofi dell'Accademia, continuando le tradizioni del maestro, riguardavano ogni uomo come associato a tutti gli altri dai legami di una società universale (1). Senofonte esorta i propri concittadini a non vergognarsi di imitare, ove convenga imitarlo, lo stesso re dei Persiani (2) e Platone, sebbene da qualche passo delle sue opere paja non estendere ai barbari il sentimento della fraternità (3) pure verso di essi ha tutto il rispetto che ad esseri uguali conviensi poichè avrebbe voluto che il cittadino il quale uccidesse uno straniero, senza distinguere se questo fosse greco o barbaro, venisse espulso dal paese della vittima (4). Nulla poi secondo lui doveva essere più sacro degli impegni contratti verso gli stranieri (5).

Il solo filosofo greco che contesti l'eguaglianza naturale degli uomini è Aristotile il quale, come per la superiorità dell'intelligenza spiegava l'impero dell'uomo sulla donna e del padrone sullo schiavo, spiegava altresì l'impero del greco sul barbaro (6), ma per compenso tanto la scuola cinica che la stoica abbatterono per diverse vie il patriottismo ristretto delle città greche ed estesero l'idea di patria a tutto il genere umano. Per gli stoici non è nè la famiglia nè la città che unisce gli uomini; quelli che non ànno governo dalla virtù, fossero anche fratelli, sono stranieri, nemici gli uni degli altri; quelli che praticano la virtù sono parenti, amici, concittadini, qualunque sia il paese o la famiglia ove videro il giorno (7). Da questo concetto Zenone deduce che il mondo è una grande città, che le nazionalità, le distinzioni di diritti e di costumi devono sparire e che gli uomini hanno a vivere sotto le stesse leggi « come un gregge che gode di pascoli comuni sotto leggi eguali » (8).

(1) **Cicerone,** *Academ.*, II, 5. *De finibus*, IV, 2.

(2) **Senofonte,** *Economico*, IV, 4.

(3) **Platone,** *Repubblica*: φημί γαρ τὸ μὲν Ἑλληνικὸν γένος αὐτν αὑτῷ οἰκεῖον εἶναι και ξυγγενές, τῷ δὲ βαρβαρικῷ ὀθνεῖόν τε καὶ ἀλλότριον.

(4) **Platone,** *Leggi*, l. IX.

(5) **Platone,** *Leggi*, l. V.

(6) **Aristotile,** *πολιτικον*, I, 3, 4, 5. Lo stesso filosofo pareggia la pirateria alla caccia e alla pesca perchè ci sono degli uomini nati per obbedire, precisamente come i bruti.

(7) **Diogene,** *Laert.*, VII, 33.

(8) **Cicerone,** *De fin.*, III: Mundum esse censent quasi comunem urbem et civitatem hominum et deorum, et unumquenque nostrum eius mundi esse partem.

Vedi anche **Plutarco,** *De Alex, Fort.* I, 6.

Tale è l'estremo limite cui giunse la filosofia greca che, si può dire, precorse di parecchi secoli il cosmopolitismo moderno; senonchè l'esagerazione stessa di un principio che metteva completamente in non cale i vincoli di patria e di nazionalità impedì forse che potesse diventar popolare specialmente presso una gente che si sentiva di tanto superiore a tutte le altre. Tuttavia la proclamazione della comunanza di diritto tra i popoli fu una gloria di cui può andare a giusto titolo superba la filosofia greca, fu una conquista che non doveva essere perduta nel progressivo incivilimento dell'umanità.

Roma

Mentre Atene ci presenta un popolo entusiasta del bello, spensierato, che vive sulla piazza o nelle assemblee, il popolo romano invece in tutte le manifestazioni della sua vita, ha sempre un certo che di rigido, di aristocratico, di formalista e questo suo carattere unito all'alta idea che ben presto acquista della propria potenza, contribuisce a renderlo esclusivo ed egoista verso gli stranieri. Onde lo stato di guerra valeva per Roma quale rapporto internazionale naturalmente sottinteso e la parola pace (pax) non era che il frutto del *pacisci*. In tale condizione è facile comprendere come fossero privi affatto di diritti tutti gli individui appartenenti ad uno Stato col quale non s'era patteggiato (1).

La legge delle XII tavole non potrebbe a questo riguardo essere più esplicita: « Adversus hostem aeterna auctoritas esto »; ecco nella più rude franchezza proclamata la negazione di ogni comunanza con gli altri popoli. In quei primi tempi a Roma non ci è diritto come non c'è stato che per i Romani, anzi il diritto è circoscritto alla sola colleganza dei gentili. Nell'origine gentilità e piena capacità civile sono sinonimi, dapprincipio la capacità non ha gradi. Non è *ingenuus* che colui che fa parte della *gens*; chi non vi appartiene, l'*ex-gens* è un tapino privo di qualunque diritto: « extrarius est qui extra forum sacramentum jusque sit » (2).

(1) **Rodolfo Ihering,** *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, traduzione di Luigi Bellavite, Milano, 1855, Libro I, Cap. X, pag. 178.

(2) Festo sub voc. extrarium.

Ma è chiaro che una tale condizione di cose non poteva durare che finchè Roma ebbe a lottare fortemente per la propria esistenza; più tardi quando, già sicura di sè, volse gli sguardi alle genti vicine, si manifestò nella metropoli un doppio movimento; da una parte la plebe pretese di uscire dallo stato di subordinazione in cui fino allora l'avevano tenuta e chiese parità di diritti col patriziato, dall' altra le relazioni commerciali che di giorno in giorno andavano moltiplicandosi costrinsero a recedere dall' antico rigore verso lo straniero.

La prima istituzione che servì a migliorare le condizioni dei forestieri fu l' *hospitium* il cui scopo era la guarentigia vicendevole del presidio del diritto; l' ospite rimuoveva dall' *hostis* i danni nascenti dall' esser egli incapace ed indifeso mettendone i diritti sotto la sua protezione e sostenendoli come suoi proprii dinanzi ai tribunali. In appresso all' ospitalità privata si sostituì l' *hospitium publice datum* ossia una convenzione pubblica per la quale si delegava ai membri di un altro stato la protezione immediata dei propri cittadini. Ciò inchiudeva la concessione del *commercium* per la quale si faceva partecipare lo straniero alle leggi romane sulle cose e così a poco a poco si distaccava l' idea di inimicizia dal concetto di straniero che invece di *hostis* si chiamò *peregrinus* (1).

I pellegrini si dividevano in tre classi (2):

I. I peregrini propriamente detti. Questi non godevano dei diritti fondati sul *jus* civile vale a dire dei diritti propri della legislazione romana; lo afferma Marciano nel Digesto 48, 49 *de poenis* per ciò che riguarda gli stranieri senza città: « Idem quidam 'απόλιδες sunt, hoc est sine civitate, ut sunt in opus publicum perpetuo doti, et in insulam deportati ut ea quidem, quae juris civilis sunt non habeant, quae vero juris gentium sunt, habeant ». — Tali diritti civili consistevano nel *jus connubii* (il diritto di contrarre le *justae nuptiae*) e nel *jus commercii* (il diritto d' avere una proprietà civile o quiritaria). I diritti invece di cui i peregrini potevano godere erano quelli che avevano radice nel *jus gentium* ossia quelli che essendo riconosciuti dalla maggior parte delle leggi

(1) **Cicerone,** *De officiis*, I, asserisce che: hostis apud maiores is dicebatur quem nunc peregrinum dicimus.

(2) Così li divide il **Van Wetter:** *Condition civil des étrangers*, annesso al I vol. del **Laurent,** o. c.

e degli usi degli altri popoli, venivano reputati come diritti naturali (1).

I principali di questi erano i seguenti:

Il poter acquistare la proprietà in uno dei modi ammessi dal diritto delle genti quali l'occupazione, la specificazione, la tradizione, l'occasione, la confusione (2), inoltre il poter diventar proprietario mediante la *praescriptio longi temporis* che da semplice prescrizione estintiva dell'azione rivendicatoria divenne poi una vera prescrizione acquisitiva della proprietà, e ciò si fece appunto per supplire all'usucapione che dal pellegrino non poteva essere invocata.

Oltre che proprietario il peregrino poteva possedere, prendere ipoteca, avere un diritto di servitù, d'enfiteusi o di superficie (3). Era inoltre capace di conchiudere convenzioni di ogni natura, di ammogliarsi secondo le leggi e i costumi del proprio paese ed i figli nati dal matrimonio, benchè non soggetti alla patria potestà quale la concepiva il diritto quiritario, erano legittimi (4).

Un cittadino romano però non poteva testare in favore d'un peregrino e solo verso la fine della repubblica comparvero i fedecommessi la cui introduzione ebbe in parte lo scopo di poter disporre dei proprii beni a pro d'un peregrino (5).

Nei primi cinque secoli di Roma probabilmente i peregrini non potevano stare in giudizio e fu solamente nell'anno 246 a. C. che fu istituito il Pretore peregrino precisamente con lo scopo di rendere giustizia ai peregrini tra di loro e di risolvere le liti tra peregrini e romani (6). Questa era, per sommi capi, la condizione che il diritto romano anti-giustinianeo faceva ai peregrini propriamente detti: a ciò si aggiunga che bene spesso o con leggi, o con senatusconsulti, o con costituzioni imperiali od editti dei governatori delle

(1) **Gaio,** I, 183, 185, 198. **Ulpiano,** XI, 18.

(2) **Arg. Gaio,** II, 65.

(3) **Gaius,** II, 31. — *Dig.*. 48, 22.

(4) **Gaius,** I, 92.

(5) **Gaius,** II, 218 e 285. — **Teofilo,** I, 2, 23, *De fideicomm. hered.* §. 1.

Più tardi un senatoconsulto d'Adriano dichiarò i peregrini incapaci di ricevere fedecommessi ma d'altra parte essi potevano testare secondo le leggi del proprio paese anche in favore d'un peregrino. (**Plinio,** *Epist.* X, 69 e 70).

(6) *Dig.*, 1, 2. *De. O. juris* §. 38.

Provincie si estendevano ad essi delle disposizioni legislative create soltanto per i cittadini romani.

II. La seconda classe dei peregrini era costituita dai Latini i quali pare godessero del *jus commercii*, non però del *jus connubii* tra questi, i Latini Giuniani godevano del *commercium* tra vivi, non però del *commercium mortis causa* e venivano così a trovarsi in una condizione assai simile a quella in cui, come vedremo, si trovavano gli stranieri del Medio Evo residenti in Francia.

III. Finalmente la terza categoria di peregrini era formata dai deditizi, dai barbari e dalle persone che avevano perduta la cittadinanza a titolo di pena. La capacità di costoro si restringeva esclusivamente ai diritti fondati sul *jus gentium* e a quelli conceduti loro in modo speciale da disposizioni legislative (1).

Queste differenze divennero in seguito per una gran parte di peregrini praticamente inutili quando la celebre costituzione di Caracalla accordò la cittadinanza a tutti i sudditi liberi dell'impero (2). Tuttavia notiamo che questa costituzione se in linea di fatto ha avvantaggiato un infinito numero di persone non ci presenta però nessun progresso verso un' eguaglianza dello straniero col cittadino nel godimento dei diritti civili; non ha infatti quel decreto riconosciuti nuovi diritti nei forestieri, ha semplicemente ammesso per ragioni di avidità fiscale a far parte dello stato romano un infinito numero di individui che prima non vi appartenevano.

Alcune concessioni liberali riguardo alla capacità civile degli stranieri furono invece apportate dalla legislazione giustinianea. In essa il matrimonio civile e il matrimonio del diritto delle genti si confondono (3), la proprietà dei peregrini è protetta come quella dei cittadini romani, i fondi provinciali sono assimilati agli italici e, almeno tra vivi, i peregrini possono acquistare tanto nei modi prescritti dal diritto civile come in quelli richiesti dal diritto delle genti.

Giustiniano abolisce inoltre in termini formali ogni differenza tra dominio bonitario e quiritario che egli chiamava: « antiquae subtilitatis ludibrium ».

(1) *Dig.*, 48, 19. *De poneis.* — **Puckta,** *Institut*, II, §. 217.

(2) *Dig.*, *De statu hominum*, 1, 17: in orbe romano qui sunt cives sunt romani ».

(3) **Puchta,** *Cursus der institutionem*, I, §. 67.

Dopo quanto ora abbiamo esposto non possiamo non riconoscere nella legislazione romana un notevole progresso su tutte le precedenti per quanto concerne il modo di trattamento degli stranieri; il popolo romano per lo meno è quello che ci presenta nelle sue leggi la più rapida evoluzione da un concetto di assoluto esclusivismo ad un'altro ove domina l'idea d'una comunanza giuridica e d'una eguaglianza naturale del genere umano. A questo risultamento contribuirono in parte le necessità della vita poichè quando Roma si fece centro di un immenso Impero che abbracciava i due terzi del mondo conosciuto, divenne città cosmopolita e dovette per forza rinunziare alla rigidezza delle antiche tradizioni e creare un nuovo diritto che concedesse agli stranieri sicurezza ed agi per le loro molteplici contrattazioni: in parte anche la giurisprudenza romana, almeno nelle sue ultime manifestazioni, dovette subire l'influsso affascinante della filosofia greca la quale, come abbiamo veduto, aveva posto tra i suoi principî quelli della eguaglianza e della fraternità tra gli uomini. Ed i giuristi romani, che dal più al meno erano tutti filosofi (1), non dubitano di asserire che tutti noi nasciamo liberi ed eguali e che tra tutti noi esiste un vincolo quasi di parentela (2). Cicerone poi, imbevuto delle idee della scuola stoica, asserisce che il mondo è una città comune agli uomini e agli dei e in quanto al modo di condursi verso gli stranieri ci lascia questa bellissima sentenza: « Una continemur omnes et eadem lege naturae. Qui autem civium rationem dicunt habendam, externorum negant, hi dirimunt communem humani generis societatem: qua sublata, beneficentia, liberalitas, justitia, funditus tollitur » (3). E Seneca, facendosi interprete del sentimento di cosmopolitismo che aveva animato tanti filosofi greci, esce a dire: « Noi altri stoici nell'altezza della nostra filosofia non ci rinchiudiamo nelle mura di una città ma entriamo in comunicazione col mondo intiero e adot-

(1) **Ulpiano** infatti ha del giureconsulto un concetto molto alto che esprime con queste parole: « Cuius merito quis nos sacerdotes appellet; justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum, ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, *veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes*. (*Dig.*, Tit. I, §. 1).

(2) Omnes homines aequales sunt. Cum inter nos cognationem quamdam natura constituit. (**Florentinus**).

(3) **Cicerone,** *De officiis*, III.

tiamo l' universo per nostra patria per aprire alla virtù una più vasta carriera (1).

Il terreno era dunque ben preparato e se Roma avesse potuto compiere la divisata conquista del mondo intero e fondere, sia pur con la forza, tutti i popoli in un popolo solo, anche se posteriormente il colossale impero avesse dovuto dissolversi e dar luogo a nazioni indipendenti, è assai probabile che l' eguaglianza giuridica di tutti gli uomini sarebbe già da parecchi secoli un fatto compiuto. Così non la pensa il Laurent il quale asserisce che gli antichi non avevano veruna idea dei diritti dell' uomo perchè credettero eterna la schiavitù e chi popolava i mercati di schiavi erano i barbari. « Ecco perchè, esclama lo stesso scrittore, l' antichità è perita, ed è perita per mano di coloro che i filosofi non arrossivano di assimilare ai bruti. I barbari inaugurano una nuova era nell' umanità nella quale la libertà misconosciuta dagli antichi terrà il primo posto » (2). Che le invasioni barbariche abbiano inaugurata una nuova era nella storia dell' umanità nessuno al certo lo nega ma pur troppo fu questa un' era di distruzione, di disordine, di regresso e non sappiamo davvero capire come molti pubblicisti moderni si ostinino a voler trovare presso quelle genti ignoranti e selvaggie i germi delle idee più progressive e liberali che vanti il mondo contemporaneo. Non furono già i barbari che estirparono la schiavitù: se essa potè sparire lo potè solo per i principii di eguaglianza e di fraternità proclamati dal Cristianesimo, ma in quanto ai conquistatori del mondo romano essi non fecero che sostituire all' antica la schiavitù nuova della gleba. Parimenti non è vero che essi avessero alcuna idea dell' unità giuridica della specie umana; perchè quest' idea possa sorgere è necessaria una scienza progredita ed essi vivevano nell' ignoranza. Nella loro marcia devastatrice essi abbatterono quanto l' esperienza di parecchi secoli aveva edificato; arte, scienza, filosofia, tutto fu distrutto e non potè timidamente risorgere che quando le sparse reliquie dell' antica sapienza furono amorosamente raccolte e studiate. Come puossi dunque asserire che tutta questa immensa rovina ha contribuito al progresso umano?

(1) **Seneca,** *De tranquillitate animi.*

(2) *Histoire du droit civil international*, parte I del I vol. dell' opera citata, pag. 178.

Capitolo III.

Il Medio Evo

§. 1.

Il Cristianesimo e i barbari.

Questa età della storia è contrassegnata da due fatti importantissimi e che, come nota il Savigny, esercitarono un notevole influsso sullo svolgimento del diritto; la diffusione cioè della dottrina del Cristianesimo e lo stabilimento dei barbari nelle Provincie dell' Impero.

La dottrina di Cristo, proclamava la eguaglianza di tutti gli uomini dinanzi a Dio e da questo punto di vista ogni distinzione nazionale doveva sparire; non ci sono, dice S. Paolo (1), nè Giudei, nè Greci, nè schiavi ma tutti sono fratelli in Gesù Cristo. Tutti i credenti non formano che un popolo e la Chiesa è una grande fraternità (2). Un Cristiano non è più straniero per un altro: e come, essendo fratelli, sarebbero stranieri? (3). Nei primi secoli dell' era nuova i fedeli si trattavano da parenti da un capo all' altro del mondo (4). Orosio (citato dal Lomonaco) pare estenda la fraternità sino a una comunione di diritto. In qualunque luogo io mi rifugi, dice, non ho nulla a temere. In mezzo a Romani invoco i miei diritti di cittadino romano, fra Cristiani la comunanza di fede, tra uomini la natura umana. Essendosi poi la nuova fede rapidamente diffusa tra tutte le genti venne tolta di mezzo una delle maggiori cause di odio tra le nazioni, la diversità di religione. Divenuta la Chiesa Cattolica la vera erede dell' unità romana, si servì di questa per istringere in un vincolo comune tutte le persone professanti gli stessi principii.

Senonchè avendo la fraternità cristiana il suo principio nella fede non poteva abbracciare coloro i quali ad essa fede non par-

(1) **Paolo,** III e X ai Romani.
(2) **Basilio,** *Epist.* 226.
(3) **Eusebio,** *Prepar. Evang.* 1, 4.
(4) **Basilio,** *Epist.* 203.

tecipavano, epperò ben presto si vide riapparire l'antica divisione con la sola differenza che l'odio che i gentili portavano verso gli stranieri, i Cristiani lo portarono verso gli infedeli e doveva risolversi più tardi in terribili e feroci guerre di religione (1).

Per la Chiesa tutti i fedeli erano fratelli, ma questi erano separati dagli infedeli da barriere che rendevano impossibile ogni comunità di diritto; tuttavia, ben nota il Catellani (2), abbiamo già un notevole progresso in confronto delle caste e della esclusione antica poichè l'infedele è uno straniero la cui naturalizzazione dipende dalla sua sola volontà.

L'altro elemento che contribuì potentemente alla formazione della società medioevale furono i barbari. Essi ci dimostrano quanto sia vera la sentenza di Vico che ogni popolo nella sua età eroica, ha sempre cura di tener lontani da sè gli stranieri: e per farci una idea di quanto le tribù germaniche dovessero odiarsi reciprocamente ci basti riferire ciò che Cesare ci racconta, e cioè che in Germania non erano notati d'infamia i latrocinii commessi oltre ai confini di ciascuna città e che pregio di quelle città si era « quam latissimas circum se, vastatis finibus, solitudines habere ». Questo carattere di odio verso lo straniero lo conservarono anche allorquando, abbandonate le loro sedi primitive, si gittarono sulle provincie romane; non essendo lo straniero riunito a loro per nessun legame di diritto, gli negavano ogni sorta di giustizia (3). Egli era privo del guidrigildo, non si ammetteva neanche che potesse aver dei doveri, se voleva essere in qualche guisa tutelato doveva ricorrere all'intervento d'una persona capace, all'ospite il quale solo era responsabile delle sue azioni (4) Chi non apparteneva a una tribù di uomini liberi era o servo o *wargangus*, nome dato al vagabondo o allo straniero (5). Il *wargangus* era per così dire, fuori della legge se non trovava una persona libera che rispondesse per lui.

(1) Quando avrai un fratello dello stesso padre e della madre, dice San **Grisostomo** (*In Psalm.*, 143) se non è in comunione di fede con te, sia ai tuoi occhi più barbaro di uno Scita.

(2) *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, Torino, 1883, vol. I, cap. II, pag. 24.

(3) **Montesquieu,** *Eprit des lois*, lib. XXI, cap. 17.

(4) **Klimrath,** *Travaux sur l'histoire du droit francais*, §. 146, vol. I.

(5) **Grimm,** *Deutsche Rechtsalterthümer*, 733. Sostiene il Muratori che Wargausi furono chiamati soltanto i profughi ma la sua opinione è vittoriosamente combattuta dal Canciani e dal Troya.

Se non trovava alcun garante e restava nel *pagus* era abitualmente ridotto in servitù. — « Peregrinum qui patronum non habebat vendebant Saxones », dice lo storico Meginardo (1).

Però, non potendo durare a lungo un tale stato di cose e comprendendosi che non si poteva lasciare lo straniero affatto sprovveduto di protezione legale, s'incaricò di questa protezione lo stesso re il quale divenne così il mundualdo dei peregrini come lo era degli orfani, dei minori e delle donne (2) Ma non si creda che i principi concedessero questa protezione senza un compenso poichè in contraccambio di essa pretesero di succedere nei beni che il forestiero avesse lasciato nel luogo di sua morte escludendone in tal guisa gli eredi legittimi. Questa, verosimilmente, fu la prima origine del diritto d'albinaggio (3), ossia del diritto dello Stato di tenere per se le sostanze che gli stranieri morendo lasciavano in paese il quale diritto per aver poste sì profonde radici nelle legislazioni barbariche ed essersi conservato sì lungamente anche nell'evo moderno, merita di essere particolarmente ricordato.

Il Volpicella (4) nel lodevole intento di combattere le asserzioni del Bodino che cioè il diritto d'Albinato sia derivato dalla greca e dalle romana legislazione e che gli stranieri fossero in Italia trattati assai più duramente che in Francia, arriva a sostenere che al contrario in Italia un tale diritto non fu neanche mai praticato. Ma noi riteniamo col già citato Morpurgo che forse un malinteso amor di patria abbia fatto abbracciare al Volpicella una

(1) Citato dal Lomonaco: *Trattato di diritto civile internazionale*, Napoli, 1874, pag. 18.

(2) **Schupfer,** *Istituzioni politiche dei Longobardi*, Firenze, Le Monnier.

(3) Così reputa, e ci pare con ragione, **Giovanni Morpurgo** nella sua bella monografia: *Sulla condizione giuridica dei forestieri in Italia nei secoli di mezzo*, Archivio Giuridico, vol. IX.

Invece il **Montesquieu** (*Esprit. des lois*, l. 21, §. 17) seguito dal **Volpicella** fa nascere il diritto d'albinato dalle invasioni barbariche, uno scrittore dalle iniziali **F. D. P. L.** (*Traité historique de la souverainité du Rois, et des droits en dependans*, Paris, chez Durand, 1754; tit. I, cap. IV) lo fa risalire soltanto alla proibizione di Edoardo III di ammettere lo straniero alla successione degli immobili in Inghilterra, il **Bodino** (*De repubblica*, lib. I, cap. VI) gli da un'origine remotissima.

(4) *Del diritto di albinaggio*, libro uno, Memoria inserita a pag. 255 del volume III di una raccolta di cause italiane edita da F. Alberghetti in Prato, 1846.

opinione eccessiva e dalle prove che egli adduce non ci pare si possa affermare che in Italia non si conoscesse il diritto d'albinaggio benchè siano pronti a convenire che fu men vessatorio e durò minor tempo che in Francia. Il documento sul quale il Volpicella appoggia la propria conclusione è il capitolo 390 dell' Editto di Rotari che così si esprime: « Omnes Waregangi qui de exteris finibus in regni nostri finibus advenerint, *seque sub scuto potestatis nostrae subdiderint*, legibus nostris Longobardorum vivere debant nisi legem aliam a pietate nostra meruerint ». Per questa legge, ci dice lo scrittore citato, altro obbligo non era imposto agli stranieri se non quello di vivere secondo le leggi Longobarde; però è facile vedere come il re esigesse una condizione prima di concedere una certa libertà agli stranieri e cioè che essi si ponessero *sub scuto potestatis nostrae*, ed anche sotto questa condizione i loro diritti erano in gran parte soggetti all'albinaggio poichè, prosegue il capitolo: « si filios non habuerint legitimos, non sit illis potestas absque jussione regis res suas cuicumque thingare, nec per quemlibet titulum alienare » (1). Tuttavia riconosciamo ben volontieri che malgrado queste restrizioni la condizione dei forestieri in Italia era molto più tollerabile di quella che, negli stessi tempi, era loro fatta in Francia dove dapprima ciascuna città, e poi il sovrano, soleva depredare gli stranieri di tutto quello che morendo lasciavano.

Un'altra conseguenza dello stato di mutua ostilità nel quale vivevano i popoli di recente stanziati sulle rovine dell'impero era il diritto di naufragio. I Romani avevano represso con leggi severe tanto i brigantaggi degli abitatori delle coste che la rapacità del fisco (2) ma le popolazioni del Nord, povere e quindi avide di ricchezze, si abituarono ben presto a considerare un dono di Dio (Godseud) (3) i rottami delle navi che la tempesta gittava contro

(1) Il **Morpurgo** accenna poi ad alcune disposizioni positive che dimostrerebbero l'esistenza del diritto di Albinato in Italia: p. e. nello statuto dato a Susa da Tomaso di Savoja nel 1197 questo diritto è mantenuto ancora in vigore e nel 1188 Pietro re e giudice d'Arborea rinunzia esplicitamente all'albinaggio in favore dei Genovesi. Inoltre le disposizioni liberali della costituzione di Federigo II non avrebbero avuto ragione di essere se la successione degli stranieri non fosse stata prima sottoposta a degli aggravi.

(2) Tutto il titolo ff. *De incendiis, ruinis, naufragiis;* Cod., *De naufragiis*, Leg. I.

(3) **Cattaneo,** *Memorie di economia pubblica*, Milano, 1869, I, 92.

i loro scogli; così s'impadronivano dei bastimenti naufragati catturando marinai e passeggieri i quali se non volevano essere ridotti in schiavitù dovevano riscattarsi mediante forti taglie (1). Cotale preteso diritto fu dunque importato anche in Italia dove però vi deve esser rimasto assai poco tempo poichè già dall'anno 836 il Capitolare di Sicardo, principe di Benevento, ne proclama l'abolizione confermata poi dal concilio di Laterano nel 1079. In altri paesi invece si mantenne ancora per molto tempo e la Lega Anseatica credette d'aver fatto assai quando lo convertì in un'imposta sugli oggetti salvati. E ancora nel secolo XVII i duchi di Lauenburgo si vantavano della loro liberalità perchè non confiscavano che il terzo delle mercanzie di cui si operava il salvataggio sulle loro coste! (2).

§. II.

La feudalità e i comuni.

La condizione degli stranieri divenne ancora peggiore di quello che fosse sotto il diritto barbarico quando, fallito il tentativo di Carlomagno di ricostruire l'impero d'occidente, il potere feudale sottentrò all'autorità regia, ed i baroni, resisi indipendenti da qualunque controllo, avocarono a sè la protezione dei forestieri coi diritti e vantaggi che ne scaturivano. Allora, per far danari, essi ricorrevano a qualunque espediente obbligando ad esempio i viandanti a passare per date strade senza necessità e a pagare gabelle ad ogni piè sospinto. Di più essi arrestavano e riducevano in ischiavitù quasi tutti i forestieri che capitavano nei loro fondi (3); dapprima si applicava ad essi la prescrizione romana e si faceva servo chi per oltre trent'anni si fosse fermato in uno Stato senza il permesso del Signore, poi i trent'anni si ridussero a un anno e un giorno,

(1) **Carles Calvo**, *Le droit international théorique et pratique*, Paris 1870, t. I, Introduzione.

(2) Altri particolari che lo scopo del nostro lavoro non ci permette di riferire si trovano in **Pardessus**, (*Collection*, t. I, pag. 281 e t. II, pag. 206) e in **Hautefeuille**, (*Histoire des origines*, *des progrès et des variations du droit maritime*, Paris, 1858, pag. 111 e seg.).

(3) Il **Grimm**, o. c., 329, ci fa sapere che in Germania questo mal capitato straniero si chiamava Wildfûgel (uccello selvatico), è l'atto con cui lo si pigliava Wildfange (caccia selvatica).

e finalmente il solo metter piede sulla terra d'un feudatario faceva perdere la libertà onde a ragione si diceva che nel feudo l'aria fa servo.

Quando poi in mezzo alla società feudale incominciarono a sorgere i Comuni, essendo per essi di massimo interesse che molti paesani abbandonassero le campagne e si ritraessero nelle mura delle città sempre minacciate ad accrescerne il numero di difensori, furono solleciti di accordare ai forestieri parecchi favori precipuo dei quali l'affrancamento dalla servitù onde alla massima: l'aria fa servo, opposero l'altra: l'aria fa libero. Si accordavano poi favori speciali a quelli che, per essere valenti in un'arte o in una scienza, potessero essere maggiormente utili al Comune, epperò i professori, gli studenti, gli artefici venivano colmati di riguardi e di onori (1).

Pur troppo però sorsero in breve tra le città italiane degli odî e delle rivalità senza numero che le fecero considerare nemiche l'una dell'altra. In tali condizioni gli stranieri non potevano al certo trovare nelle loro mura buona accoglienza; così, a cagione d'esempio gli stranieri erano esclusi da certe professioni o dall'esercizio di certe arti od industrie, non ne era ammessa la testimonianza negli atti o in giudizio nè si rendeva loro giustizia quando almeno non avessero beni in città o non prestassero cauzione di pagare la spese della lite ove in questa rimanessero soccombenti. Non potevano comperar beni immobili o navi nè ereditare da un suddito se non avessero conseguita la naturalizzazione (2). Gli stranieri pagavano imposte più gravi dei cittadini e in talune città non potevano neppure entrare senza dar sicurtà di non offendere alcuno. Spesso inoltre si trovavano esposti a odiose rappresaglie per i delitti e per i debiti dei propri concittadini, e quando la loro presenza fosse stimata dannosa erano senz'altro scacciati dallo Stato.

Ma è chiaro che una tale condizione di cose non poteva, specialmente in Italia, durare a lungo. In primo luogo contribuì a farla cessare la notevole estensione che presero i commerci e le colonie degli Italiani i quali s'accorsero ben presto come tornasse loro conto di trattar bene gli stranieri che rappresentavano la fonte principale dei loro guadagni. Succede sempre così; dapprincipio i

(1) **Ferdinando Laghi,** opera citata, pag. 33.

(2) **Pertile,** *Storia del diritto italiano* ecc., Padova, 1871, vol. III. *Storia del diritto privato*, §. 98, p. 163 e seg.

popoli commercianti sono rapaci, avidi, esclusivisti; vedono in ogni straniero un nemico da combattere, un concorrente da eliminare, ma ben presto l'esperienza, tanto più se aiutata dalla scienza, insegna loro che tra i diversi obbiettivi delle varie nazioni non ci può essere collisione ma concorso di interessi, e che la maggior produzione di un popolo ridonda, in ultima analisi, in vantaggio dell'intera umanità. A ciò s'aggiunga che ogni Stato trova il proprio tornaconto a trattar bene i cittadini di un altro perchè l'altro alla sua volta tratti bene i suoi. Così le repubbliche italiane erano prodighe del diritto di cittadinanza, talune l'accordavano ad ogni forestiero che abitava in città (1), di guisa che soltanto il passeggiero era considerato straniero. Un altro elemento che contribuì a migliorare la condizione degli esteri fu l'amore degli studi che in molte città faceva convenire un numero grandissimo di studenti (2). Questi godevano del privilegio di poter scegliere il loro giudice ed erano assimilati ai cittadini in quanto fruivano dei diritti privati.

§. III.

I Glossatori.

Ma ciò che a parer nostro più di tutto contribuì, se non a migliorare gran fatto nella pratica la condizione degli stranieri, almeno a togliere molto della diffidenza e dell'odio che si nutriva verso di loro e a proclamarne, nel campo scientifico, l'eguaglianza giuridica coi cittadini, furono i risorti studî di diritto romano, di quel diritto cosmopolita ed universale per eccellenza che creò e tenne viva nel Medio Evo l'idea d'una monarchia universale. Sotto l'Impero romano non c'erano, per così dire, più forestieri, avendo la costituzione Antonina accordata la cittadinanza a tutti gli abitanti dell'impero; orbene, i glossatori, fermi in quest'idea, conchiudono che tutti coloro che appartengono al popolo romano sono naturalmente cittadini di Roma e retti quindi da uno stesso diritto, laonde inchiudono nel popolo romano tutte le genti nominalmente soggette all'autorità dell'imperatore.

Questi Stati, che comprendevano allora tutte le nazioni cristiane ad eccezione dei Greci, erano dunque considerati come un

(1) **Baldus,** *Regulae generales statutorum (Oceanus juris*, vol. II, p. 160).
(2) A Bologna, p. e., se ne contarono fino oltre a dieci mila.

popolo solo, i loro cittadini non potevano riguardarsi come stranieri gli uni agli altri, tutti, almeno nel godimento dei diritti civili, dovevano esser trattati alla stessa stregua.

Questa, checchè sia stato detto in contrario, era, nel fondo, la teoria dei glossatori (1); se essa nella vita reale non fu generalmente seguita, se i glossatori stessi assai spesso si contraddicono e fanno una quantità di eccezioni, ciò si deve alle tristi condizioni dei tempi ed al fatto che i commentatori delle leggi romane non erano per nulla teorici, non formulavano principî generali, non avevano davanti a loro che casi particolari nella risoluzione dei quali dovevano ben sovente subire l'influsso degli usi del tempo in cui vivevano. Malgrado ciò dobbiamo riconoscere nelle loro glosse un notevolissimo progresso sulle legislazioni barbariche in quanto che quest'ultime partivano dal presupposto che lo straniero sia privo di diritti e solo per eccezione gliene conferivano un limitato godimento; quelle invece partivano dal concetto di una comunità giuridica tra gli uomini cui solo eccezionalmente ponevano restrizioni. Si osservi inoltre che fu precisamente in quel tempo (al principio del secolo XIV) che cominciò a sorgere la scienza del diritto internazionale privato, vale a dire la scienza del conflitto delle leggi in ordine allo spazio (2); ora questa scienza non avrebbe potuto sorgere se gli stranieri fossero stati considerati assolutamente privi di diritti (3). Bartolo, ad esempio, discute la questione se un Inglese avesse diritto, in virtù dello statuto di primogenitura, ai beni che suo padre possedeva in Italia. E la soluzione, secondo lui, dipende dalla qualità dello statuto; se è personale, si estende dappertutto, in qualunque luogo i beni siano situati, se è reale, non oltrepassa i limiti del territorio. Nel primo caso il figlio primogenito

(1) Così infatti pensano il **Wharton,** *Conflict of laws*, pag. 63 nota r, e Appendice C. p. 680 e il **Bar,** *Das Internationale Privatrecht*, p. 64 nota 2. Il **Laurent** invece (o. c. t. I, pag. 288 in fine) crede che siccome tra i glossatori si possono invocare delle testimonianze favorevoli agli stranieri e delle decisamente contrarie queste ultime siano decisive perchè in armonia con le idee dei giureconsulti romani.

(2) Così almeno la si intendava allora. Bartolo per il primo introdusse la teoria degli statuti e la loro distinzione in: personali e reali. La sua distinzione era puramente meccanica e verbale ma ad ogni modo era pur sempre il primo passo verso una qualche regola per risolvere conflitti tra leggi diverse.

(3) V. l'introduz. del nostro lavoro.

raccoglierà i beni italiani: ora è chiaro che Bartolo non avrebbe fatta questa ipotesi se in Italia non fosse stato ammesso il diritto nello straniero di raccogliere, anche per successione legittima, i beni che un altro straniero morendo avesse lasciati.

Questo rapido cenno che ci siamo studiati di dare sul modo come teoricamente e praticamente si riguardassero gli stranieri nei secoli di mezzo basta a farci comprendere come il Medioevo rappresenti sotto l'aspetto che a noi interessa, un periodo di vero e proprio regresso. Se confrontiamo l'ultimo svolgimento della legislazione romana che non conosceva il diritto d'albinato e aveva proibito quello di naufragio, se lo confrontiamo con le prime leggi barbariche che, di regola, ogni diritto negano al forestiero non possiamo non riscontrare tra la prima e le seconde un abisso che si spiega però facilmente riflettendo che i barbari hanno portato con loro le esigenze d'uno stato primitivo e in cui il considerare l'uomo *homini lupus* è quasi una necessità di natura. Epperò dopo l'invasione delle genti del Nord la civiltà dovette rifare il cammino percorso e chi sa forse quanto tempo avrebbe impiegato avanti di giungere al punto cui era arrivata prima di essere distrutta se i germi delle antiche idee avessero potuto perire con essa. Ma le idee conformi alla ragione del diritto non si possono spegnere; spesso in tempi di scosse violente, pare non possano resistere all'assalto formidabile di idee nuove che incalzano da ogni parte ma invece nella lotta i soli principî falsi sono destinati a soccombere; la verità si fa sempre strada, si diffonde poco a poco nelle menti e finisce col riportare completo trionfo di ogni resistenza.

Capitolo IV.

Evo moderno.

§. 1.

I giureconsulti e i filosofi.

Poche cose abbiamo a dire intorno a quel periodo storico che corre dal sorgere delle grandi monarchie in Europa alla rivoluzione francese, poichè in generale la condizione giuridica degli stranieri rimase presso a poco stazionario. Bene è vero che la formazione dei grandi Stati migliorò sotto un certo aspetto la loro sorte nel

senso che mentre nell'epoca comunale era straniero non solo chi apparteneva ad un'altra nazione ma anche chi non era cittadino del Comune, nelle grandi monarchie invece sono stranieri solamente coloro che appartengono ad un'altra sovranità. L'accentramento politico nelle mani del re fece sì che non si considerarono più come albani quelli che essendo dello stesso reame si trasferivano da un luogo ad un altro. Inoltre già sotto il regno di Luigi XI si incominciarono ad escludere dall'albinato quegli stranieri che si recassero in Francia per alcune determinate fiere, dipoi Enrico IV, Luigi XIII e Luigi XIV accordarono l'esenzione dell'albinato agli imprenditori e lavoratori di certe manifatture (1). Ma queste ed altre simili benigne disposizioni erano sempre dettate da un interesse del paese donde emanavano ed erano costantemente in pericolo di venir revocate dal capriccio del sovrano. Il concetto d'una vera eguaglianza giuridica tra i forestieri ed i cittadini non solo non aveva fatto un passo avanti ma aveva regredito poichè se, finchè durò viva l'idea del Sacro Romano Impero, nel concetto dei giureconsulti tutti i cittadini nominalmente soggetti all'autorità dell'Imperatore non potevano essere stranieri gli uni agli altri; sparita quest'illusione, cominciò a prevalere l'interesse dei singoli Stati e i diritti dei forestieri furono misconosciuti od ammessi solo in quanto potessero recare una qualche utilità allo Stato che li concedeva. Così ad esempio il diritto d'albinato si mantenne in Francia fino alla rivoluzione e ancor più a lungo negli altri paesi del continente (2), il Bacquet (3) lo chiama un ornamento della corona di Francia, il Domat (4) dice che esso è fondato sull'ordine natu-

(1) **Volpicella,** opera citata, pag. 260.

(2) Fu però mitigato da alcune convenzioni, p. e., quella conchiusa all'assedio di Amiens tra Enrico IV e l'Olanda. Di questi trattati alcuni pochi abolivano il diritto senz'altro, gli altri riserbavano a favore dello Stato dove lo straniero moriva il così detto diritto di detrazione che consisteva in un'imposta pagata dall'erede il cui ammontare variava dal quarto e persino dal terzo sino al ventesimo del valore dei beni. — Quanto agli altri paesi facevano eccezione alcuni potentati italiani e in Germania la costituzione di Federico II assimilava lo straniero all'indigeno praticandosi però il diritto d'albinaggio a titolo di rappresaglia.

(3) **Bacquet,** *Du droit d'aubaine* (t. II, p. 12). Trovasi nel II volume delle sue opere. Lyon, 1744.

(4) *Des lois civiles dans leur ordre naturel;* ediz. in foglio del 1777 pag. 345, §. 13.

rale e che la successione degli stranieri appartiene di diritto al re, nè tra gli altri giurisperiti se ne trovò nessuno che levasse la voce contro di esso. E lo stesso Necker, proponendo al re l'abolizione di quel diritto, lo considerava dal punto di vista pratico dell'interesse nazionale, dimostrando quanto esso fosse pregiudizievole giacchè, detratte tutte le spese di formalità e di attribuzioni, esso riducevasi a un profitto di 40 mila scudi all'anno, ben misera cosa di fronte al danno gravissimo che recava alla Francia tenendone lontani gli stranieri ed impedendo così quel movimento dei capitali e dell'attività che costituisce la vera ricchezza delle nazioni (1).

Eppure eravamo ormai vicini al tempo in cui i deputati dell'assemblea costituente, disdegnando ogni tradizione del passato proclamavano apertamente, incondizionatamente l'eguaglianza dello straniero col cittadino e l'abolizione quindi di tutti quei pretesi diritti che a tale completa eguaglianza facevano ostacolo. Ora si capisce che quest'idea di pareggiare in modo assoluto la condizione giuridica dello straniero a quella del cittadino non poteva certo sorgere lì per lì in un momento di entusiasmo rivoluzionario, ma doveva rappresentare l'applicazione di principî già diffusi e profondamente radicati nella coscienza popolare. E questi principî che cerchiamo invano tra i giureconsulti, tradizionalisti per natura, si trovano vigorosamente affermati dagli economisti e, più ancora, dai filosofi del secolo XVIII.

Le relazioni tra le potenze erano tuttora dominate da una politica di gretto interesse reputandosi che la prosperità d'un popolo non potesse dipendere che dall'indebolimento dei vicini. Falsa politica, esclamava il Coudorcet; il vero interesse d'una nazione non è mai separato dall'interesse generale del genere umano poichè la natura non ha potuto voler fondare la fortuna di un popolo sulla disgrazia dei suoi vicini, nè opporre l'una all'altra due virtù che essa ispira egualmente; l'amore della patria e quello dell'umanità (2). Albéric de la Rivière asseriva che tutti gli uomini sono associati da una necessità imperiosa alla quale non possono sottrarsi e che in quest'ordine immutabile essi sono tutti utili gli uni agli altri (3)

(1) **Necker**, *Trattato sull'amministrazione francese*, citato da **Guido Fusinato** nell'opuscolo dal titolo: *Il diritto d'albinaggio*, Torino, 1884, p. 17.

(2) **Condorcet**, *Discours de réception à l'Academie francaise* (*Oeuvres*, t. X).

(3) *Collection des economistes*, t. II, 2, pag. 565.

ed il Turgot (1), nei suoi « Discorsi sulla storia universale » paragonando la società antica e pagana con la moderna e cristiana magnificava quest' ultima specialmente per la proclamata eguaglianza degli uomini, dei popoli e delle stirpi. Il concetto di un' assoluta eguaglianza naturale tra gli uomini traspare inoltre chiaramente dall' opera classica del Montesquieu il quale dopo aver affermato che gli uomini sono inclinati all' unione per quel piacere che ognuno prova di entrare in relazione col proprio simile (2), quando nel suo esame comparativo delle istituzioni di tutte le genti, ne trova alcuna disumana verso gli stranieri non si ristà dal flagellarla aspramente (3). Più violento ancora contro ogni specie di disuguaglianza è il Rousseau il quale, oltrechè chiedere che il legislatore unisca i popoli facendo cadere l' odiosa distinzione di regnicoli e di stranieri, afferma recisamente che tutti siano nati eguali e liberi e che se talvolta rinunziamo alla libertà non lo facciamo che perchè ci torna conto (4). Fu a queste dottrine, che alla loro volta non erano che la continuazione del cosmopolitismo filosofico degli stoici e del cosmopolitismo religioso del cristianesimo (5), fu, diciamo a queste dottrine che si ispirarono i legislatori francesi quando, dopo aver inaugurata l' era rivoluzionaria con una dichiarazione dei diritti dell' uomo, equipararono lo straniero al cittadino abolendo ogni diritto di detrazione e d' albinaggio. Il celebre decreto che porta la data 6 Agosto 1790 merita per la sua importanza di essere testualmente riferito.

« Considerando, dice l' Assemblea, che il diritto d' albinaggio è contrario ai principî di fraternità che debbono legare tutti gli uomini qualunque sia il loro paese e il loro governo, che que-

(1) Citato dal prof. Valdarnini nella lez. XXII di Filosofia sociale, anno accademico 1888-89.

(2) Opera citata, libro I, cap. 2, pag. 6.

(3) P. c. chiama diritti insensati quelli d' albinato e di naufragio (libro XXI, cap. 17, pag. 311).

(4) *Del contratto sociale o principii del diritto politico*, Torino, 1850, libro I, cap. II, pag. 8.

(5) Abbiamo veduto come Turgot lodasse la società cristiana appunto perchè proclamante l' eguaglianza degli uomini; **Montesquieu** poi (o. c. libro XXIV, cap. X, p. 375) ha parole d' entusiasmo per la scuola stoica della quale dice che essa sola poteva fare dei cittadini, essa sola faceva i grandi uomini, essa i grandi imperatori.

sto diritto, stabilito in tempi di barbarie, dev' essere proscritto da un popolo che ha fondato la propria costituzione sui diritti dell'uomo e del cittadino e che la Francia libera deve aprire il proprio seno a tutti i popoli della terra, invitandoli a godere, sotto un governo libero, dei diritti sacri e inalterabili dell' umanità, ha decretato:... Il diritto d'albinaggio e quello di detrazione sono aboliti per sempre (1) ».

§. 2.

Il Codice Napoleone e i suoi commentatori.

Il principio proclamato dalla rivoluzione francese rappresentava l' apice del progresso che nelle relazioni private internazionali si possa raggiungere, vale a dire l' incondizionato pareggiamento dello straniero al cittadino nel godimento del diritto civile. Ma l' umano progresso, lungi dal seguire una via costantemente ascendente, non prosegue che a passi lenti ed è sempre soggetto ad oscillazioni che ora lo spingono disordinatamente verso la meta cui tende, ora invece rapidamente ne lo allontanano per ricominciare da capo il suo faticoso cammino. L' umanità non s' avanza che lottando e la tradizione è tenace nel difendere i proprî diritti. Così i principî della rivoluzione francese che significavano le promesse dell' avvenire, passato il periodo d' entusiasmo, non tardarono ad essere almeno in parte sopraffatti dagli usi del passato, onde vediamo che il codice Napoleone è informato ad idee più grette e a principî più restrittivi.

A dir vero il progetto del codice civile del 1801 informato allo stesso sistema dell'Assemblea costituente stabiliva che: « gli stranieri godono in Francia di tutti i vantaggi del diritto naturale, del diritto delle genti e del diritto civile propriamente detto salvo le modificazioni stabilite dalle leggi politiche che li concernono ». Ma poi quando si venne alla discussione del codice Napoleone sorse viva controversia tra i legisti del Consiglio di Stato governati dai vecchi pregiudizi ostili allo straniero, e gli uomini del tribunato fa-

(1) Siccome questo decreto aboliva il diritto d' albinato senza però far cessare l'incapacità di cui era colpito lo straniero di raccogliere le successioui a lui devolute, un secondo decreto dell' 8 Aprile 1791 stabiliva che: lo straniero anche non residente in Francia può raccogliervi le successioni lasciatevi dai suoi parenti stranieri o francesi.

vorevoli alle massime umanitarie della rivoluzione. Sostenevano i primi che c'è una distinzione tra i diritti naturali e i diritti civili e che questa distinzione si fonda sulla divisione del genere umano in nazioni (1): e non essendo una nazione o Stato altra cosa che un' unità di leggi e di patria in favore della quale i cittadini uniti partecipano agli effetti civili del diritto della nazione, quelli che formano questa unità sono i soli che possono reclamare i vantaggi che *essa* produce. Ciò che caratterizza dunque il diritto civile è di essere proprio e particolare a un popolo, e di non comunicarsi alle altre nazioni (2). Rispondevano i secondi che la distinzione tra i diritti naturali e civili poteva ammettersi nell'antichità quando in ogni straniero si vedeva un nemico. Ma nei tempi moderni in cui il lavoro fa di tutte le genti una grande società, tutti gli uomini debbono essere uniti da un legame di diritto in quanto non vi facciano ostacolo le divisioni politiche. Se non possiamo essere cittadini dappertutto, siamo però dovunque membri della famiglia umana, e come uomini dobbiamo godere dovunque dei diritti inerenti all'uomo (3). Il legislatore non deve dunque privare gli stranieri dei diritti naturali e universali dell' umanità e tali sono tutti quelli che si chiamano civili. Poichè, che cosa sono i diritti civili se non i diritti naturali scritti? Scritti o no i diritti naturali appartengono dappertutto agli uomini; e gli stranieri non sono forse uomini? (4).

Come osserva il Laurent (5) i tribuni comprendevano assai meglio i principî eterni del diritto che non i legisti del Consiglio di Stato. Per provare quanto fosse falsa la loro distinzione sarebbe bastato osservare come il numero dei diritti ritenuti natnrali si era andato in progresso di tempo continuamente allargando.

Così ad esempio in Roma gli stranieri non avevano nè il jus connubii, nè il jus commercii, mentre allora i legisti francesi non pensavano nemmeno a rifiutar loro nè il diritto di matrimonio nè

(1) **Portalis,** *Exposé général du sistème de code civil, fait dans la séance du Corps législatif du 3 frimaire an X.* (Locré, t. I, pag. 191, n. 12),

(2) **Siméon,** Rapporto fatto nella seduta 15 frimajo anno X. (Locré, t. I, p. 434, n. 8).

(3) **Ganilh,** Seduta del 1° nevoso anno X. (Archives parlementaires, t. III. p. 210).

(4) **Chazal,** Seduta del 3 nevoso anno X. (Archives parlementaires, t. III, p, 247).

(5) O. c. *Condition des étrangers,* t. II, p. 25.

quello di proprietà, perchè se ci sono diritti fondati sulla natura sono proprio questi due; il numero dei diritti civili andava dunque restringendosi mentre se ci fossero dei diritti civili per loro essenza, questi rimarrebbero tali sempre e dappertutto. Malgrado però le considerazioni svolte dai membri del tribunato il codice Napoleone abbandonò il sistema sanzionato dall'assemblea costituente; nè si può tacere a sua scusa che la speranza che le altre nazioni europee avrebbero risposto all'appello della Francia rivoluzionaria, era andata completamente delusa, talchè mentre gli stranieri sul suolo francese erano pareggiati ai cittadini, al contrario la condizione giuridica dei francesi all'estero era inferiore a quella degli indigeni, mantenendosi sempre a loro riguardo il diritto d'albinaggio con le restrizioni ed incapacità delle quali le loro leggi colpivano gli stranieri.

E così si ricorse al sistema della reciprocità per trattati, sanzionato dall'art. 11: « Lo straniero godrà in Francia degli stessi diritti di quelli che sono o saranno accordati ai francesi dai trattati della nazione alla quale questo straniero appartiene ». Questo sistema fu calorosamente difeso da Treilhard (1), il quale volle dimostrare come, mentre sotto l'antico regime il diritto d'albinato era stato quasi intieramente abolito da una serie di trattati, dopochè l'assemblea costituente, cedendo a una generosità irriflessiva, ne aveva pronunziato l'abolizione, non si trovò più nessuna nazione che volesse trattare, il che, a parer suo, era più che naturale non avendo ormai nessuno Stato interesse a fare concessioni ai Francesi, avendo questi già dato tutto quanto da parte loro potevasi desiderare. Invano opposero alcuni rappresentanti delle idee del 1789 che il principio di reciprocanza era contrario all'interesse bene inteso del paese e che per fare ciò che è giusto ed utile non bisognava aspettare che gli altri popoli lo facessero del pari (2); il principio venne mantenuto, anzi con l'art. 726 lo si applicò al più importante dei diritti civili, a quello di succedere, stabilendo che « uno straniero non è ammesso a succedere nei beni che il suo parente straniero o francese possedeva nel territorio del regno se non nei casi e nel modo con cui un francese succede al suo parente possessore di beni

(1) *Exposé des motifs* n. 9 (Locré t. I, pag. 468).

(2) Vedansi negli *Archives parlementaires* il discorso di Boissy d'Anglas (t. III, p. 195) e quello di Curée nella seduta del 15 nevoso anno X (t. III, pag. 336).

nel paese di questo straniero in conformità alle disposizioni dell'art. 11 ». E per completare l'incapacità dello straniero nell'articolo 912 si stabiliva: « non potrà farsi alcuna disposizione a favore di uno straniero se non nel caso in cui questo straniero possa disporre a vantaggio di un francese ». — Tuttavia si noti che il Codice Napoleone rende facile allo straniero il godimento di tutti i diritti civili con lo stabilire nell'art. 13 che egli avrà tal godimento se sarà ammesso dal Governo a stabilire il proprio domicilio in Francia sino a che continuerà a risiedervi ». Si noti ancora che dopo non molto tempo e precisamente il 14 Luglio 1819 si abrogarono i due articoli 726 e 912 e si accordò agli stranieri il diritto di succedere, di disporre e di ricevere per donazione tra vivi o per testamento nella medesima guisa dei Francesi senza condizione alcuna di reciprocità.

Nel caso però di divisione di una eredità tra coeredi stranieri e francesi questi ultimi potranno prelevare, sui beni situati in Francia, una porzione eguale al valore dei beni situati in paese estero dai quali fossero a qualsiasi titolo esclusi in virtù delle leggi o delle consuetudini locali. È già dunque un buon passo l'aver pareggiato il forestiero al cittadino nel più importante dei diritti civili, quello d'acquistare e di trasmettere, *mortis causa*, ma in quanto agli altri diritti conserva il suo pieno vigore l'art. 11, consacrante la reciprocità diplomatica.

Tale era la condizione giuridica creata agli stranieri dalla prima legislazione moderna, la quale, benchè avesse fatto fare un passo indietro ai principî proclamati dalla rivoluzione francese, segnava tuttavia un naturale progresso sui tempi anteriori alla codificazione. Ma questo progresso non poteva arrestarsi prima di essere giunto al suo ultimo grado di sviluppo, vale a dire alla parificazione completa dello straniero al cittadino nel godimento dei diritti civili, nè d'altra parte poteva giungere sino a questo limite estremo prima d'aver lottato e vinto contro tutte le obbiezioni mossegli tanto dai sostenitori dell'esclusivismo passato rappresentato dai pregiudizi odiosi verso gli stranieri, quanto dagli apologisti del compromesso allora vigente rappresentato dal principio di reciprocità. A questa ultima categoria appartenevano in generale i commentatori del codice Napoleone, i quali se non si spinsero fino a chiedere la distruzione delle ultime barriere che separavano i forestieri dai cittadini, servirono tuttavia a soffocare le ultime voci rimpiangenti i

privilegi del passato e prepararono il campo alla scienza moderna per fondare su basi incrollabili quei principî che, tradotti nella pratica legislativa, contribuiranno al pieno e completo svolgimento delle relazioni private internazionali.

Il Merlin non si preoccupa punto *de jure constituendo*, ma, dopo averci fornito alcune notizie storiche sugli albini e sugli *épaves*, si limita a farci sapere, quasi con una certa compiacenza, che i cittadini godono di parecchi diritti di cui gli stranieri son privi, quali ad esempio l'avvocatura e il rettorato o la reggenza nelle Università (1).

Il Toullier (2): dapprima enumera i principali diritti civili, quali il diritto di podestà paterna o maritale, tutti i diritti di famiglia, quello d'essere nominato tutore o curatore, di votare nel consiglio di famiglia, di succedere, di disporre dei propri beni e di ricevere per donazione tra vivi o per testamento ecc., di poi aggiunge: « Il diritto civile trae il suo nome dalla città, cioè da una porzione del genere umano governata da propri capi. È ciò che i Romani chiamavano *civitas* e i Greci πόλις donde il nome πολιτεία, civitatis seu reipublicae status et administratio ».

« Così nell'origine e nel senso proprio primitivo il diritto civile e il politico hanno uno stesso significato, cioè l'insieme, la collezione delle leggi che concernono la città o i cittadini. In seguito si chiamò diritto civile quello che regola i diritti e i doveri dei cittadini tra di loro considerati come persone private e fatta astrazione dai rapporti dei governanti coi governati ». E tutto ciò sta benissimo, soltanto l'autore poteva aggiungere che, mentre il diritto politico è proprio di ciascun popolo, il diritto civile è patrimonio dell'umanità. Oggidì non lo si potrebbe più definire: « quod quisque populus sibi jus constituit » poichè il legislatore non fa che riconoscere nei codici quei principî di diritto naturale che sono sempre e dovunque indispensabili al libero svolgimento dell'umana attività.

Lo Zacharia distingue le facoltà che derivano dal diritto naturale delle genti e quelle che non derivano che dal diritto civile; le prime non apparterrebbero allo straniero indipendentemente da ogni concessione, mentre le seconde « sono i diritti che secondo i principî del diritto filosofico non esistono per l'uomo che viva in

(1) **Merlin,** *Repertoir* 1808 — alla voce *Étranger.*

(2) **M. Toullier,** *Le droit civil français suivant l'ordre du code,* Bruxelles 1837.

uno stato extra sociale e non trovano il loro fondamento che nella legislazione positiva ». Questa sua teoria s'accorda con la definizione da lui data del diritto naturale: quello che regola i rápporti degli uomini nello stato di natura. Ma egli stesso riconosce che tale distinzione apre un vasto campo all'arbitrio e che sarebbe più conforme alle idee del Medio Evo che a quelle dell'epoca attuale: teniamogli grado di questa resipiscenza che gli ha fatto certo balenare alla mente le disastrose conseguenze cui condurrebbe la sua dottrina; per essa tutti gli stranieri si dovrebbero considerare in uno stato extra-sociale e, di regola, non potrebbero godere di nessun diritto civile; sarebbe nientemeno che un ritorno ai primi tempi di Roma!

Il Duranton (1) non dice nulla contro il principio di reciprocità e spiega soltanto perchè essa sia stata richiesta per trattato. Ciò fu perchè il trattato è l'opera di due popoli, è un contratto sinallagmatico che lega per conseguenza l'uno e l'altro e che è sotto la garantia del diritto delle genti. Una legge positiva non è al contrario che l'opera del popolo che l'ha fatta, non è dunque obbligatoria che per lui.

Il Troplong (2) a proposito della prescrizione (da lui ritenuta un diritto naturale) fa osservare che lo straniero non è privato in Francia che delle facoltà derivanti dal puro diritto civile, vale a dire di quei privilegi che debbono la loro origine alle creazioni arbitrarie della legge nazionale, o di quei diritti che costituiscono una specie di funzione pubblica. Ma per tutte le facoltà che si riannodano al diritto naturale o a quello delle genti modificato dal diritto civile, la civiltà abbassando le barriere, che altra volta separavano i popoli, ha eguagliato i Francesi e i forestieri. Noi non possiamo che sentir con piacere le lodi tributate da questo scrittore alla civiltà, ma ci domandiamo come mai il diritto civile può essere un « privilegio che deve la sua origine alle creazioni arbitrarie della legge nazionale ». Che cosa c'è d'arbitrario nelle disposizioni sancite nei codici civili? Che cosa fa il legislatore se non dar forza obbligatoria a rapporti giuridici preesistenti nell'ordine di natura? E alla natura umana non partecipa così lo straniero come il cittadino?

(1) *Cours de droit civil suivant le code français*, Bruxelles 1841, Comento agli art. 11 e 13.

(2) *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code — De la prescription*, Bruxelles 1846, Chap. I, pag. 17.

Il Demolombe (1) accenna ad un'opinione la quale sarebbe disposta a concedere ai Francesi tutti i diritti civili tranne quelli che sono accordati espressamente ai Francesi ad esclusione degli stranieri (art. 19, 988 c. c., 905 cod. proc. civ.). Egli però si dichiara a questa opinione contrario e la crede inconciliabile con gli art. 8 e 11 del codice Napoleone nè, *jure condito*, ci pare abbia torto. Egli ci fa inoltre sapere che il godimento di un diritto civile per parte degli stranieri può anche derivare dalla legge francese; ad esempio il decreto 16 Gennaio 1808 permette ad essi di acquistare delle azioni della Banca di Francia e l'art. 13 del decreto 21 Aprile 1810 permette loro di ottenere delle concessioni di miniere.

Il Marcadé (2), dopo un breve riassunto storico della varia condizione degli stranieri nei tempi precedenti la codificazione, sostiene il principio della reciprocità per trattati perchè, dice, potrebbe darsi che un paese in seno al quale la civiltà, l'industria, le arti, fossero poco avanzate, accordasse senza trattati e nel proprio interesse privilegi esorbitanti ai Francesi nell'intento di attirarli presso di sè, mentre la Francia dovrebbe ben guardarsi dall'offrire gli stessi vantaggi ai cittadini di quel paese. — È dunque la gretta teoria dell'interesse che torna in campo e per di più di un interesse male inteso: poichè se uno Stato povero trova utile l'accordare ai Francesi dei *privilegi esorbitanti* per attirare presso di sè i capitali, perchè la Francia risentirà un danno ad usare verso l'altro paese la stessa parità di trattamento? Se il paese è povero e non potrà fornire capitali, fornirà la mano d'opera, senza contare che qualche cittadino potrebbe sempre trovare il proprio tornaconto impiegando i propri capitali in Francia invece che nel paese natale. Accordando dunque parità di trattamento lo Stato francese guadagnerebbe pur sempre una certa quantità, sia pur piccola, di capitale o di mano d'opera, che invece viene a perdere col sistema restrittivo che il Marcadé tenta di giustificare.

Il Valette ed il suo allievo Demangeat (3) insegnano che lo straniero gode in Francia degli stessi diritti privati dei Francesi ad eccezione di quelli che gli sono negati da una disposizione espressa

(1) *Cours de code civil*, Bruxelles 1847, Vol I, pag. 114.

(2) *Explication theorique et pratique du code Napoléon*, Paris 1859. Comento all' art.

(3) Citati dal **Laurent** nella sua opera magistrale: *Principes de droit civil*, t. I, p. 512, n. 406-421.

di legge. Solo di quei diritti da cui sono esclusi da un testo formale non ottengono il godimento che per un trattato di reciprocità. — Evidentemente quest' opinione è inconciliabile col testo dell' articolo 11 del cod. civ. al quale si fa dire il contrario di ciò che dice; essa infatti è stata ripudiata dalla giurisprudenza e dalla maggior parte degli autori; tuttavia così questa interpretazione come quella accennata dal Demolombe (vedi sopra), hanno a parer nostro una grande importanza perchè ci dimostrano un tentativo di introdurre nel codice delle idee più generose di quelle che vi dominano. Succede spesso così; quando una disposizione legislativa incomincia a trovarsi a disagio, o con nuove idee dominanti nella scienza, o con nuove necessità della vita reale, allora l'opera dell' interprete è rivolta a sforzare quasi il senso delle parole del legislatore dando loro il significato che per le esigenze del tempo dovrebbero avere invece di quello che hanno in realtà. Così, ad esempio, nei secoli XVI e XVII quando la vita commerciale introdusse nuovi rapporti giuridici e nuove regole che non potevano andar d'accordo coi dettami del diritto romano e canonico, tutto l'acume dei commentatori era rivolto a piegare gli antichi canoni alle esigenze del diritto contemporaneo. Certo essi li interpretavano spesso a rovescio, ma i loro errori d'interpretazione erano fecondi di progresso nello svolgimento del diritto mercantile. Del pari nel caso nostro lo sforzo che fecero taluni commentatori del codice Napoleone per dare alla disposizione dell'art. 11 un significato che non ha, ci dimostra chiaramente come essi sentissero la necessità d' una più completa eguaglianza tra i cittadini ed i forestieri e tentassero di far accostare la legislazione contemporanea ad un ideale che non doveva essere realizzato che da una legislazione posteriore.

§. 3.

La scienza moderna.

Dalla precedente rassegna abbiamo potuto vedere come i civilisti che presero ad oggetto dei loro studi il codice francese, salvo alcune eccezioni, difendessero in generale come ragionevole ed utile il principio della reciprocità, nè spingessero più oltre i loro desideri. E forse gli scrittori di diritto civile non sarebbero che a stento usciti da quell' ordine di idee dipendente in gran parte dall'indole rigida ed esclusiva della loro disciplina, se nel frattempo non fosse

sorto un nuovo indirizzo e non si fossero aperti più vasti orizzonti per il diritto internazionale privato.

N. 1. *Le dottrine della comitas e della comunità di diritto.*

Sino a quel tempo era dominata in questa scienza la dottrina che ogni comunicazione di diritto a pro' degli stranieri al pari di ogni ammissione dell'autorità di leggi straniere sopra un territorio non avesse altra base fuorchè la urbanità e la volontaria benevolenza tra le nazioni, oppure il loro espresso o tacito consentimento (ex comitate, ob reciprocam utilitatem). Nè questa dottrina fu solo professata dagli scrittori anteriori alla rivoluzione francese quali l'Huber (1) e il Voet (2); essa si mantenne tenace anche molto tempo dopo la dichiarazione dei diritti dell'uomo. Ad esempio lo Story, dopo aver affermato che diritto internazionale privato e cortesia sono sinonimi, dice che c'è una specie di necessità di render giustizia agli altri perchè gli altri la rendano a noi (3). Il Foelix pone questi due principî: α) Ogni nazione possiede sola ed esclusivamente la sovranità in tutta l'estensione del territorio; β) Nessuno Stato può con le sue leggi vincolare o regolare gli oggetti che si trovano fuori del suo territorio o le persone che non vi risiedono, siano o non siano a lui sottomesse per il fatto della loro nascita (4). Questi principî conducono naturalmente a sciogliere ogni legame tra le nazioni, le quali non hanno l'una verso dell'altra alcuna obbligazione e non agiscono che per considerazioni d'utilità o di convenienza. Il nostro Rocco (5), dopo aver difeso il principio di reciprocanza in nome dell'eguaglianza dei diritti e dei doveri delle nazioni l'una verso dell'altra (Cap. 8, pag. 82), prosegue: « Gli stranieri non fanno parte dello Stato delle due Sicilie, è altrove che è posta la patria loro. Se alcuna parte, o tutti i diritti civili di che godono i regnicoli loro si danno dalle nostre leggi, ciò è per ca-

(1) *Praelectiones*, vol. II, lib. I, p. 3. — *De conflictu legum* §. 2.

(2) *De statutis* §§. 1, 12, 17.

(3) *Conflict of laws*, Boston 1862, pag. 20, 23, 31.

(4) *Traité du droit international privé* (4ª ed. par Demangeat, Paris 1866) pag. 19 e seg.

(5) *Diritto civile internazionale, ovvero dell'uso e dell'autorità ecc.*, prima edizione livornese sull'ultima di Napoli, 1859. — Oltre i frammenti citati si veda anche cap. V.

gioni puramente politiche. *Non sta la stessa obbligazione com' è rispetto ai nazionali.* Fu per render facile la corrispondenza tra gente e gente; fu per agevolare il fondamento d' una mutua benevolenza e le utili speculazioni del commercio e dell' industria ». (Cap. IX, pag. 90).

Da simiglianti idee erano ispirati il Wharton (1), il Wheaton (2), il Phillimore (3) ed il Casanova (4). Le loro dottrine portavano di conseguenza che ogni nazione, in virtù della sua sovranità, rimane affatto libera, se crede, di pareggiare lo straniero al cittadino oppure di rendere disuguale la loro condizione giuridica senza allontanarsi dai principî di giustizia perchè altro non fece che servirsi di un suo diritto.

Il Lawrence per primo tanto nel « Commentaire sur les éléments du droit international et sur l' histoire des progrès du droit des gens de Wheaton » (5) come in una corrispondenza tenuta col Westlake, (6) ripudia il principio della reciproca utilitas e della comitas gentium e vi sostituisce quello della giustizia.

Del pari lord Brougham (7) riconosce non doversi parlare di cortesia in diritto internazionale privato, poichè per lui è la giustizia che impera sul diritto e non le convenienze.

Radicalmente diversa da queste è invece la teoria del Savigny. Per lui la cortesia non è già una concessione arbitraria e mutevole a grado della politica, è piuttosto uno viluppo del diritto internazionale. È sul diritto e non sull' interesse che si fondano le mutue relazioni tra i popoli. Fra di essi esiste una società, vale a dire un legame giuridico, che implica in primo luogo un' eguaglianza completa fra tutti gli uomini a qualunque nazione essi appartengano, per ciò che concerne il godimento dei di-

(1) Ricordato dal **Laurent**, t. I, pag. 580; lo stesso Laurent, critica lungamente la teoria della cortesia specialmente nei suoi effetti sui conflitti di leggi diverse.

(2) *Elements de droit international*, III edition 1858, Leipzig, Brockhaus t. I, pag. 105 e 108.

(3) *Commentaries of international law*, vol. I, p. 3.

(4) *Lezioni di diritto internazionale*, Genova, Lez. 31.

(5) Vol. III, Leipzig, Brockaus 1873, §. 2.

(6) Lo stesso Westlake richiama nella sua lettera quanto aveva stabilito nell' opera *International Law* (160, 165, 345, 397).

(7) Citato da **Story**, *Conflict of Laws*, pag. 245 (nota).

ritti civili, e secondariamente un' eguaglianza di trattamento tra le diverse leggi, purchè bene inteso riguardino interessi privati. Col conferire dunque ai forestieri l' esercizio dei diritti civili, col permettere l'applicazione d'una legge straniera anche nell' interno dello Stato, non si fa che riconoscere la *comunità di diritto* tra le nazioni (1).

Mentre il Savigny formulava questa dottrina, cominciavasi ormai nel diritto delle genti a parlare di nazionalità, ed il professore di Berlino, prevedendo forse il movimento scientifico che bentosto si sarebbe prodotto, si affrettava, nella prefazione del suo trattato, a ripudiarlo dicendo: « Un diritto che si chiama *internazionale*, può mai riposare sulla *nazionalità?* Il diritto internazionale suppone che esista un diritto universale, comune a tutti i popoli, mentre la nazionalità risveglia l'idea d'un diritto speciale, espressione d'un carattere particolare. Come conciliare l' universalità e la particolarità? Il diritto nazionale deve, al contrario, fondersi nel diritto universale ». Sarebbe facile dimostrare come l' individualità delle nazioni non impedisca per nulla, anzi faciliti la formazione d'un diritto universale, ma la miglior dimostrazione di ciò è data dal sorgere e dal rapido estendersi della scuola italiana la quale, pur partendo dallo stesso concetto del giureconsulto tedesco, quello cioè di una comunanza giuridica tra le genti, pone il principio di nazionalità a base di tutto il proprio sistema scientifico.

Il Mancini e il principio di nazionalità.

Cotale sistema fu inaugurato per il primo dal Mancini (2) il quale dimostrava come il principio di nazionalità fosse atto a recare tanti benefizî nella pratica quanta chiarezza nella scienza, che sotto il presidio della legge suprema del diritto universale verrebbe in tal modo a disporsi intorno ad un'unica idea, causa e limite di

(1) **Savigny,** *System des heutigen römischen Rechts.* Berlin 1849, vol. VII, pag. 26 e seg. §. 348.

(2) Il **Mancini,** era stato per vero preceduto dal **Rossi** e dal **Romagnosi** dei quali il primo aveva notato che l' omogeneità degli elementi dello Stato rende più facile il raggiungimento del suo fine, l'altro aveva dato il concetto dell' etnicarchia (Scienza delle costituzioni. pag. 44-46). Ma il **Mancini** ha di particolare che pone il principio di nazionalità a fondamento di tutto il diritto internazionale.

tutte le altre (1). In questo sistema infatti unico sarebbe il soggetto del diritto tra le genti: la nazionalità; il limite razionale del diritto di ciascuna nazione sarebbero le altre nazioni, il fine supremo del diritto delle genti sarebbe l'umanità delle nazioni del Vico, cioè la celebrazione dell'umanità e del suo progresso civile nel libero, armonico e compiuto sviluppo delle nazionalità. Non dobbiamo tacere che contro questa teoria si fecero parecchie obbiezioni: si disse in primo luogo che essa è incompleta in quanto non tien conto del concetto di umanità, ma a ciò rispose il Mancini ammettendo anzi la necessità di conciliare i due elementi di unità e di varietà; egli afferma non voler la sua scuola nè l'egoismo nazionale nè un vago cosmopolitismo, ma essere suo ideale la coesistenza e l'indipendenza di tutte le nazioni sotto la legge universale del diritto (2).

Si notò inoltre che la teoria del Mancini è contraddetta da un fatto storico per il quale i maggiori progressi dell'umanità sono dovuti a un'azione collettiva e non limitata a un popolo solo. Nè il Mancini contesta tale fenomeno, ma rileva come ogni singola nazione abbia avuto una parte speciale in quell'azione collettiva e come ogni movimento di civiltà abbia avuto impulso da uno Stato particolare. In terzo luogo si tacciò la sua teoria di sovversiva e dannosa al mantenimento della pace, al che egli rispose (3) che dall'insegnamento d'una dottrina non si deve derivare la necessità di tradurla immediatamente con la forza in istato di reale applicazione. Dopo aver risposto a queste principali obiezioni il Mancini fa derivare dal principio di nazionalità molte importanti conseguenze così nel diritto internazionale pubblico come nel privato. Dovendoci noi occupare soltanto delle ultime, noteremo come da esso principio egli deduca il riconoscimento dei diritti civili nello straniero e il diritto in lui che i suoi rapporti giuridici vengano regolati dalla propria legge nazionale.

E a dir vero qui troviamo dell'esagerazione, noi crediamo piuttosto che queste due splendide conseguenze si debbano attribuire al principio di umanità e al rispetto dell'eguaglianza giuridica naturale di tutti gli uomini. Lo Stato, dice lo stesso Mancini, mancherebbe al suo fine e alla sua prima ragione di essere se invece

(1) **Mancini,** *Prelezioni*, pag. 56-57. Napoli Marghieri 1873.

(2) **Mancini,** *Diritto internazionale*, pag. 79 e 194.

(3) **Mancini,** *Prelezioni*, pag. 198, 199.

di riconoscere e garentire i diritti e le innocue libertà individuali, arbitrariamente le disconoscesse o limitasse.

Ora se è un vero diritto l'esercizio innocuo della propria libertà fino al punto in cui ad altri non rechi detrimento, codesto è vero e perfetto diritto, non già solamente nei rapporti degli altri cittadini del medesimo Stato, ma in faccia a tutto il rimanente del genere umano, perchè la conservazione e garantia della libertà dell'uomo non può incontrare altro limite razionale che l'eguale protezione e garantia della libertà giuridica degli altri uomini. Onde consegue che secondo i puri dettami della ragione, l'uomo, prima e indipendentemente dalle leggi positive e scritte, porta con sè dalla natura un titolo ad esigere da tutti gli altri uomini che gli lascino possedere riconosciuta, garantita e sicura quella misura della sua libertà, quella estensione del suo esercizio in qualunque parte della terra egli si trovi e qualunque sia l'autorità che governi (1). Queste sono le conclusioni nobilissime del Mancini alle quali noi non possiamo che far plauso, ma confessiamo di non saper vedere una stretta relazione tra esse e il principio di nazionalità. Forsechè se le relazioni internazionali non si fondassero su questo principio, l'effettuazione delle predette conclusioni verrebbe resa impossibile? Se la famiglia umana fosse formata di Stati riuniti per volontario consenso, anzichè di nazioni costituite quasi dalla mano stessa della natura, sarebbe forse impossibile attuare medesimamente la completa eguaglianza giuridica tra i cittadini ed i forestieri? Ci pare di no: l'ideale del Mancini, egli stesso lo confessa, riposa sul riconoscimento in tutti gli uomini della libera esplicazione delle loro attività quando queste non rechino ad altri detrimento; nel principio di umanità dunque, nel principio che riconosce all'uomo dei diritti in quanto è uomo e non in quanto fa parte di questa piuttosto che di quella nazione, dobbiamo rinvenire il vero fondamento su cui poggia l'eguaglianza giuridica del forestiero di fronte al cittadino. E che dunque? Possiamo forse dire che il principio di nazionalità non rappresenta nessun passo verso l'ideale che andiamo cercando? No certo, esso rappresenta un progresso sulla teoria del Savigny in quan-

(1) Queste idee sono esposte nella relazione che il **Mancini** presentava all'Istituto di diritto internazionale nella sessione di Ginevra del 1874. Nella relazione suddetta riproduce la teoria già da lui sostenuta nel corso delle lezioni del diritto internazionale nell'Ateneo torinese.

tochè quest'ultimo considera il diritto annesso al domicilio mentre il Mancini lo considera annesso alla nazionalità, così che il diritto di ciascuna nazione dev'essere applicato dovunque in quanto sia compatibile con l'ordine sociale dello Stato in cui si domanda l'applicazione di esso. Ciò porta di conseguenza che non solo vengano riconosciuti allo straniero i proprî diritti, ma gli vengano riconosciuti in quel modo in cui egli, come membro di una data nazione è abituato ad esercitarli, equivale cioè ad ammettere l'applicazione d'una legge straniera nel territorio nazionale. Ed è qui, come nota sottilmente il Laurent, che si scorge l'intimo legame tra la questione di cui ci occupiamo e la risoluzione dei conflitti delle leggi, poichè per poter proprio dire che lo straniero è pareggiato al cittadino non basta che gli si conceda il godimento dei diritti civili; bisogna anche concederglielo in quello stesso modo in cui ne gode il cittadino, vale a dire servendosi della propria legge nazionale. E a raggiungere quest'ultimo desiderato della scienza contribuisce in modo efficacissimo il principio di nazionalità.

L'opera del Mancini fu in Italia proseguita da un ragguardevole numero di scrittori, i quali e per la legislazione che presero ad obbietto dei loro studî e per i principî da essi sostenuti ebbero il nome di Scuola italiana di diritto internazionale. In generale essi esplicano con maggior determinazione il nuovo concetto introdotto nella scienza dal Mancini, pur non andando tutti d'accordo nell'applicazione del concetto stesso alle varie specie di rapporti giuridici.

Il Lomonaco (1) combattè dapprima la teoria della *comitas* sostenuta dallo Story e dal Foelix (vedi sopra) asserendo che quando si discorre di diritto non è da invocarsi la cortesia la quale risveglia l'idea del favore e dell'indulgenza, cose queste che non possono costituire il fondamento del rispetto dell'umana personalità; nè può invocarsi la reciproca utilità poichè la storia narra innumerevoli ingiustizie che da questa pretesa legge sono state consacrate (2). Ritiene poi che il principio razionale da sostituirsi alla dottrina da lui oppugnata sia quello della comunanza del diritto, limitato però in parte dalla nazionalità e dal territorio (3). Del principio di nazionalità si serve poi per dirimere la maggior parte dei

(1) **Giovanni Lomonaco,** *Trattato di diritto civile internazionale*, vol, unico, Napoli, Giuseppe Marghieri 1874.

(2) Op. cit. pag. 40 e 41.

(3) Op. cit. pag. 44.

conflitti tra leggi diverse, il che dimostra ancora la verità dell'osservazione che facevamo poc'anzi, che cioè il principio di nazionalità, senza essere la causa prima, contribuisce però indirettamente alla parificazione giuridica del forestiero col cittadino ed è conciliabilissimo col principio di umanità.

Il Pescatore (1) è favorevole tanto alla teoria del Savigny quanto a quella del Mancini che la completa. Nello svolgimento storico del diritto egli ravvisa una lotta continua contro l'individualismo da una parte e il principio sociale dall'altra: questa lotta, secondo lui, percorre tre stadî.

1. Lo stadio di guerra aperta e di ostilità permanente, nel quale lo straniero è calcolato un nemico ed un essere senza diritti.

2. Lo stadio delle trattative, nel quale lo Stato mantiene in teoria il primitivo rigore del diritto, ma discende a concessioni spontanee per benigni riguardi e per reciproco interesse: ex comitate.

3. L'ultimo periodo manifesta la prevalenza del principio sociale contro l'individualismo nei rapporti internazionali. In quest'ultimo stadio dello sviluppo storico dell'uomo, quello stesso principio sociale che creò la famiglia, che impose alle famiglie la società comunale ed ai comuni lo Stato, crea di necessità anche fra gli Stati una certa comunione di diritto che è la legge generale delle nazioni giuridicamente associate. In forza di quella ogni uomo è considerato come cittadino della grande città che è il mondo (2).

Il Pescatore inoltre vagheggia la costituzione di tutti gli Stati secondo il principio di nazionalità, dicendo che quando ciò avvenisse la società generale dei popoli starebbe con perfetta sicurezza *ponderibus libeata suis*. Ma in quanto al diritto privato egli non considera che l'associazione internazionale degli Stati; riferisce al soggetto *Stato* la qualifica di nazionalità, e la legge della nazione in questa guisa considerata gli pare la sola atta a regolare il maggior numero dei rapporti giuridici (3).

L'Esperson sul principio di nazionalità come base del diritto internazionale privato ha un'opinione non diversa da quella del Pescatore (4), ritiene cioè che « se non può dirsi che tale prin-

(1) **Matteo Pescatore,** *La logica del diritto*, vol. I, pag. 307 e 342, Torino 1863.

(2) Op. cit. pag. 301, 303, 312.

(3) Op. cit., pag. 334 e 335.

(4) **Pietro Esperson,** *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali.* Pavia 1868, cap, II, n. 7.

cipio ponga termine a tutte le difficoltà e chiuda l'èra delle divergenze nella sfera del diritto internazionale privato » serva però a risolvere la maggior parte delle questioni (1).

Il Fiore accetta le idee del Savigny con queste parole: L'indirizzo dato dal Savigny noi l'accettiamo perfettamente anzi dichiariamo di esserci ispirati alle profonde pagine del giureconsulto tedesco. Anche noi vagheggiamo l'idea d'una comunità di diritto tra gli Stati, anche noi ammettiamo che per decidere nei casi di collisione quale sia la legge che debba preferirsi, sia necessaria l'esatta delimitazione dell'impero di ciascuna legge (2). Ma dimostra in appresso l'eccellenza della legge di nazionalità in confronto di quella del domicilio, poichè la prima prende sotto la sua protezione l'individuo fin dalla nascita e lo accompagna in tutti i successivi gradi del suo sviluppo, di modo che quando l'individuo fissa il proprio domicilio in paese straniero non è più l'uomo fisico ma l'uomo sociale, è il nazionale del tale paese, e può conseguentemente domandare che la sua condizione, la sua capacità, i suoi diritti, così come sono determinati dalla legge della sua nazione, siano rispettati non in virtù dei trattati ma in virtù di quei principî di diritto pubblico che regolano i rapporti degli Stati sovrani (3)

Finalmente il Pertile espone in cinque regole fondamentali tutta la teoria del diritto internazionale privato:

I. Gli Stati per legge universale della umana natura hanno la destinazione di coesistere in armonia giuridica salvo a ciascuno quanto è necessario alla sua esistenza indipendente quale organismo compiuto in sè stesso.

II. La personalità dell'uomo dev'essere rispettata e protetta anche nello straniero in tutti gli Stati.

III. Ciascuno Stato ha bensì il diritto di custodirsi e di conservarsi nei suoi elementi costitutivi e reggersi a proprie leggi di ragione civile e penale, ma, in causa della socialità e solidarietà della umana famiglia, non può equamente rifiutare applicazione nel proprio territorio a leggi, atti e sentenze di sovranità straniere quando

(1) **Esperson,** *Movimento giuridico in Italia e nel Belgio sul diritto internazionale privato.* Firenze, Civelli 1870, pag. 33.

(2) **Pasquale Fiore,** *Diritto internazionale privato,* 2.ª edizione, Firenze, Le Monnier 1874, pag. 61, 62.

(3) Op. cit, pag. 73.

non offendano i principî di ordine pubblico e il suo interesse politico, economico, morale e religioso.

IV. In questo senso vale l'altro principio che le leggi d'uno Stato hanno autorità oltre i confini del territorio anche per effetti giuridici che si producano all'estero.

V. Vera civiltà richiede che le norme di naturale equità e di utilità comune vengano rivestite di carattere e valore giuridico dalla accoglienza degli Stati o per trattati internazionali o per disposizioni uniformi dei codici nazionali (1).

Dunque come si è potuto vedere, benchè la scuola italiana di diritto internazionale privato si occupi precipuamente di dirimere con una norma costante i conflitti insorgenti tra legislazioni diverse servendosi mirabilmente a questo scopo del principio di nazionalità, pur tuttavia essa non rinnega il principio di umanità e l'eguaglianza giuridica innata di tutti gli uomini; anzi su questo cardine fonda il pareggiamento dello straniero al cittadino, pareggiamento che essa vuole completo e senza restrizioni. Per questo abbiamo veduto che nessuno dei giureconsulti italiani ripudia la tradizione scientifica del Savigny: tutti per contrario ammettono e sviluppano il suo concetto della comunità di diritto. È infatti questo concetto quello che infrange inesorabilmente le barriere che per tanti secoli hanno tenuto i popoli divisi, è questo concetto che fa ravvisare in ogni individuo, in qualunque parte abbia veduto la luce, un fratello libero al pari di noi, con diritti uguali ai nostri che egli può non su un breve tratto di terreno ma su tutta la faccia del globo liberamente esercitare finchè non turbi il pacifico godimento dei diritti nostri. Da questo concetto discende dunque che noi dobbiamo riconoscere tali suoi diritti e lo dobbiamo per stretto dovere giuridico, non per semplice cortesia o per calcolo d'interesse. Ma gli scrittori italiani hanno spinto nella natura delle cose ancora più acutamente lo sguardo. Essi hanno veduto in ogni uomo non già un essere astratto insensibile ad ogni modificazione del suo ambiente esteriore, ma un individuo che dall'eredità fisiologica, dalle abitudini della nascita, dal clima, dal suolo, dalle leggi del paese in cui nacque acquistò un carattere tutto particolare, che fa ormai parte della propria personalità e di cui gli sarebbe

(1) **Pertile G. B.**, *Lezioni inedite di diritto internazionale privato citate dal* **Levi Catellani,** *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, vol I, pag. 128.

impossibile spogliarsi tramutandosi da un luogo in un altro: videro insomma in ogni individuo un uomo nazionale (1) e pensarono che sarebbe stata un'eguaglianza soltanto apparente l'accordargli bensì il godimento dei diritti civili, ma l'accordarglielo in quel modo che, se è adatto alle condizioni in cui si esplica l'attività giuridica di noi cittadini, può non esserlo a quelle in cui lo straniero è abituato di esercitare la sua. In altre parole perchè l'eguaglianza del forestiero col cittadino riesca completa, deve quest'ultimo poter dovunque esercitare liberamente i diritti civili, *regolati dalla propria legge nazionale.* E questo completo pareggiamento del forestiero al cittadino cui giunse la scuola italiana mediante il principio di nazionalità rappresenta l'ultimo sviluppo, il progresso finale raggiunto e raggiungibile dalla scienza.

Nè solo la scuola italiana ma anche il maggior numero di pubblicisti così di diritto internazionale pubblico come di privato che scrissero dopo il Savigny ammettono più o meno esplicitamente la perfetta eguaglianza dello straniero col cittadino nel godimento dei diritti privati, talchè il Bar chiama a ragione questo principio un assioma della scienza (2). E dei postulati della scienza si fece interprete l'istituto di diritto internazionale, il quale in seguito a un rapporto dei signori Arntz e Westlake nella sezione di Bruxelles (3) propose di introdurre in tutti i codici civili la seguente formula:

Lo straniero, qualunque sia la sua nazionalità o la religione, gode dei diriti civili come il regnicolo, salvo le eccezioni formalmente stabilite dalla legislazione attualmente in vigore.

Nei trattati internazionali da conchiudersi si sarebbe dovuta introdurre la clausola seguente:

Le potenze contraenti s'impegnano reciprocamente a non introdurre a questa regola alcuna nuova eccezione senza il consenso di tutte le parti contraenti. Le nazioni presso le quali esistono ancora delle eccezioni s'impegnano a mettere la loro legislazione interna il più presto possibile in armonia con questa regola.

(1) In questo senso il **De-Maistre,** (*Soirées de S. Petersbourg*, ser. I) dice: « Je n'ai jamais vu l'éspéce *hommes;* j'ai toujours rencontré des Français, des Allemands, des Anglais ».

(2) *Das internationale Privatrecht*, 1862, pag. 64.

(3) *Annuario dell'Istituto*, 1882. Quinta seduta della sezione di Bruxelles 3 Ottobre 1879, pag. 41 e 56.

Soggiungevano però i due citati relatori che una tale dizione non era l'espressione completa dei loro voti, che avrebbero preferito di veder inscritto in tutti i codici il principio che il forestiero gode, senza eccezione, di tutti i diritti civili, ma che non potendo sperare di fare accettare alle nazioni questa formula assoluta, la loro proposta avrebbe almeno avuto il vantaggio di comunicare allo straniero la certezza che egli godrebbe di tutti i diritti civili a meno d'una eccezione formale scritta nella legge, e d'impedire il ristabilimento di nuove eccezioni.

Tra gli scrittori d'oltremonte che dell'eguaglianza giuridica dello straniero col cittadino si fecero strenui propugnatori, merita di essere particolarmente ricordato il Laurent il quale pubblicò nel 1881 la sua opera magistrale che abbiamo avuto più volte occasione di citare. Si può dire che in essa l'autore riassume tutte le dispute che sul diritto internazionale privato si fecero dacchè cominciò a sorgere questa scienza fino ai nostri giorni; ponendo il principio di nazionalità a base di tutto il proprio sistema, egli risolve con esso ogni conflitto di legislazione, non prima però d'aver dimostrato la necessità che lo straniero goda dappertutto dei medesimi diritti civili. « Poichè, che cosa sono i diritti civili? » si chiede il giureconsulto belga. « Delle facoltà necessarie all'uomo per la propria esistenza fisica, intellettuale, morale. L'uomo tiene questi diritti da Dio che gli ha dato la vita e non potrebbe vivere senza goderne. Può dunque esercitarli dappertutto o sono limitati allo Stato nel quale vide la luce? La questione, risponde, è una di quelle che basta esporre per risolvere » (1).

Nel nostro paese poi il principio del completo pareggiamento dello straniero col cittadino propugnato dagli scrittori che formano

(1) **Laurent,** op. cit. vol. I, pag. 22. Giova inoltre ricordare tra i recenti scrittori che sostengono l'incondizionata eguaglianza dello straniero col cittadino: il **Brocher,** *Revue de droit international* 1881, 554, benché non favorevole al principio di nazionalità e il **Weless,** *Droit international privé*, 512.

Anche nel Nuovo Mondo questo principio trovò favorevole accoglienza e recentemente il Sig. **Lisandro Segovia,** (*El derecho international privado y el Congreso sud-americano de Montevideo*, Buenos Aires 1889) lo approva dicendo: « Deve esistere un diritto civile dell'umanità nel quale s'applicano i principî che reggono i rapporti giuridici tra gli individui senza riguardo alle frontiere delle varie comunità politiche. Il diritto civile dell'uomo dev'esser dunque riconosciuto dappertutto.

la scuola italiana di diritto internazionale trovò favore non solo tra quei giuspubblicisti che per l'indole della scienza che trattano debbono spesso risalire ai principî filosofici del diritto (1), ma, cosa ancor più notevole, tra gli stessi civilisti i quali tutti non hanno che parole d'entusiasmo per il principio sanzionato dal nostro legislatore all'art. 3 cod. civ.

PARTE SECONDA

Capitolo I.

Le legislazioni moderne.

Accompagnando il pensiero scientifico dell'umanità nel suo viaggio fortunoso, abbiamo potuto vedere come esso da un'assoluta

(1) Ad esempio il **Saredo,** (*Diritto costituzionale*, 1862) dopo aver biasimato le leggi del suo tempo dice: « una legislazione inspirata a più giusti principî estenderebbe agli stranieri le stesse guarentigie sulle persone e sui beni che accorda ai cittadini. Se la unità del genere umano è una realtà, se ciò che la filosofia, la fisiologia, la storia dimostrano su questa realtà è ammesso da tutti, ne viene per logica conseguenza la parificazione della condizione giuridica degli stranieri a quella dei cittadini. Sono uomini gli uni, uomini gli altri. È tempo di bandire i pregiudizi che separano popoli da popoli, come si sono banditi quelli che separavano classe da classe. L'eguaglianza civile dev'essere completata dall'eguaglianza internazionale.

Il **Del Giudice:** La ricognizione dei diritti fondamentali degli Stati e la comunanza del commercio mondiale portano di conseguenza il riconoscimento universale della personalità giuridica dei membri che li compongono. L'esigenza della dottrina moderna a questo rispetto è che lo straniero sia eguagliato nei rapporti privati al cittadino dello Stato nel quale dimora.

Fra i civilisti che fecero plauso al principio sancito dal legislatore italiano, oltre a parecchi altri che avremo occasione di nominare in seguito, notiamo particolarmente l'illustre **Regnoli,** (*Elementi di diritto civile desunti dalle sue lezioni*, Bologna, Zanichelli 1885 pag. 28 e 29), il **Borsari,** (*Commento all'art. 3 del cod. civ.* il **Ricci,** (*Corso teorico pratico di diritto civile*, vol. I, §. 1 e 5), il **Cattaneo,** (*Il cod. civ. ital. annotato con la cooperazione del* **Borda,** Torino 1865, vol. I, pag. 44) e i due **Bianchi: Francesco,** (*Corso elementare di diritto civile*, vol. I, pag. 17) e **Ferdinando** (*Un quesito sull'art. 3 del cod. civ. italiano*, Siena 1881).

ignoranza dei diritti naturali degli uomini sia giunto, ora favorito, più spesso contrariato, dalle circostanze esteriori, ad avere di questi diritti una chiara e perfetta nozione e a proclamare altamente la necessità giuridica per parte degli Stati di non disconoscerli. E così, mentre nell' antichità lo straniero era considerato un essere privo di diritti, oggidì la sua eguaglianza giuridica col cittadino è un dogma contro il quale non si ardisce neanche più muovere obiezioni. Ma il pensiero scientifico non rappresenta che una parte del pensiero umano, e perchè i postulati della scienza possano avere una pratica efficacia nella vita reale è necessario che essi si diffondano anche nelle menti dei profani fino a diventare convinzione giuridica universale. Allora solo potranno trovar posto nelle legislazioni positive ed esercitare il loro benefico influsso sui rapporti giuridici della società civile. Ma prima che questa diffusione si compia è sempre necessario un lasso più o meno lungo di tempo, onde quasi costantemente possiamo osservare il fenomeno che i codici positivi sono indietro di qualche decina d' anni rispetto alle esigenze della scienza, e ciò perchè quello che nella scienza è ormai verità incontrastata, nella pratica invece trova non pochi oppositori ancora imbevuti degli errori e dei pregiudizî del passato. Ed anche ammesso che ogni opposizione sia cessata e che i legislatori si trovino all' unisono coi pensatori, c' è sempre in ogni paese un certo numero di cause o accidentali o permanenti che impediscono che un dato principio astratto possa ricevere applicazione nella sua integrità. Così mentre l' incondizionata eguaglianza dello straniero col cittadino nel godimento dei diritti civili è nel campo scientifico universalmente ammessa, nella massima parte delle legislazioni dei varî Stati essa subisce un numero maggiore o minore di restrizioni, che però tendono continuamente a scomparire perchè la dottrina reagisce potentemente sulla legislazione e la sforza a poco a poco a mettersi con essa in perfetta armonia. Laonde i codici posteriori in ordine di tempo s'accostano in generale all' ideale invocato dalla scienza più di quelli che li precedettero, come potremo vedere dall' esame che ora vogliamo intraprendere.

§. 1.

Il diritto continentale europeo.

La legislazione austriaca.

Le armi vittoriose del primo Impero imposero il codice Napoleone a un grande numero di nazioni, e benchè poi col cadere della fortuna del despota cadessero quasi dappertutto anche le sue leggi, tuttavia l'esempio della Francia indusse molti Stati a raccogliere in un codice unico i principî di diritto privato che la consuetudine e la ragione avevano consacrato come i migliori per presiedere ai rapporti giuridici dei cittadini.

Così in Austria già dal 1811 un decreto di Francesco I aboliva il diritto comune fino allora adottato e dava forza obbligatoria ad un codice civile che entrò in vigore il 1° Gennaio 1812 e che con Sovrana patente pubblicata il 16 Ottobre 1815 fu esteso alle Provincie del Regno Lombardo Veneto (1).

Questo codice incomincia dal dichiarare nei suoi primi paragrafi che ogni *individuo* ha certi diritti innati ai quali l'*uomo* può pretendere per il solo fatto che esiste (§. 16). Quindi *ognuno*, sotto le condizioni prescritte dalla legge, è capace di acquistare diritti (§. 18) ed *ognuno* che nei suoi diritti si creda leso può portare querela presso il giudice competente (§. 19). Oltre a questi principî generali il §. 33 à disposizioni riguardanti gli stranieri. Per questo paragrafo lo straniero gode generalmente eguali diritti del nazionale qualora per goderne non si richieda espressamente la qualità di cittadino. E questa disposizione è perfettamente conforme al voto espresso dall'Istituto di diritto internazionale nel 1880 (vedi sopra), ma nei casi dubbi, prosegue lo stesso articolo, lo straniero, per essere trattato con perfetta eguaglianza, deve provare che lo Stato a cui appartiene tratti i cittadini austriaci, riguardo al diritto in questione, come i proprî. E qui è sanzionato il principio della reciprocità, non però la reciprocità diplomatica,

(1) I tentativi precedenti di codificazione in Austria sono esposti da **Gioachino Basevi**, *Annotazioni pratiche al Codice civile austriaco*. VI ediz. Milano 1855, pag. 11.

come richiede il codice di Napoleone; bensì la legislativa. Nel suo complesso dunque la legislazione austriaca, tenuto conto del tempo nel quale ebbe vita, è abbastanza liberale e rappresenta un notevole progresso sul codice francese in quanto che, astrazione fatta dai casi dubbi, pone come principio generale l'eguaglianza giuridica tra il nazionale e il forestiero.

L' Ungheria.

Non possiede legislazione scritta, e il codice austriaco che vi si volle imporre dopo la guerra dell'indipendenza fu in breve sostituito dall'antico diritto civile nazionale, la cui sorgente principale è la raccolta chiamata *Corpus juris hungarici*. In questo paese però gli stranieri trovarono sempre accoglienza benevola, e i costumi rigorosi nati dalla feudalità vi sono rimasti sconosciuti o per lo meno modificati e assai addolciti; lo straniero ha sempre avuto il diritto di stabilirsi liberamente in Ungheria e di godervi non solo i suoi diritti di uomo ma spesso ancora dei privilegi più estesi che gli stessi nazionali (1).

Legislazione germanica.

In Germania manca ancora un codice civile per tutto l'Impero onde i diritti degli stranieri dipendono dalle leggi dei diversi Stati tedeschi (2). Soltanto la costituzione del 1871 creò un indigenato comune per tutta l'estensione del territorio federale il cui effetto è di dare a chiunque appartenga a uno Stato dell'Impero la facoltà di comportarsi in qualunque altro Stato di esso come i cittadini di questo Stato. Così rispetto ai diritti privati regna una perfetta eguaglianza tra tutti i Tedeschi a qualunque Stato dell'impero appartengano.

(1) *La legislation hongroise depuis 1872 par* **M. Etienne Rassler**; (Revue de droit international et de legislation comparée, 1881).

(2) Togliamo alcune notizie sulla legislazioue germanica dal *Corso di legislazione comparata* del Prof. **Mantovani-Orsetti**, Anno Accademico 1887-88, Lez. 11.

In quanto agli stranieri il codice civile prussiano del 1794 stabilisce negli art. 40 e 41 dell'Introduzione che « le leggi così per le obbligazioni che impongono, come per i vantaggi che garentiscono, ricevono la loro applicazione sia rispetto al regnicolo, sia rispetto allo straniero che abita il territorio ». Ma giusta gli articoli 42 e 43 se un altro governo emani leggi onerose per gli stranieri in generale e per i sudditi prussiani in particolare, avrà luogo il diritto di rappresaglia (1). Lo stesso sistema fu consacrato dall'art. 18 del codice bavarese del 1756, mentre nel regno del Würtemberg giusta il codice civile del 1610 tuttora in vigore e in quello di Sassonia, secondo il codice civ. del 1865 (2), gli stranieri sono uguagliati ai nazionali quanto al diritto di acquistare e possedere beni di ogni specie. Questo per quei paesi della Germania che hanno leggi proprie, in altri è in vigore il codice francese, in altri ancora un diritto comune tedesco che verso gli stranieri proclama queste regole:

Lo straniero ha diritto di domicilio (Heimatsrecht) nel paese dove possiede degli immobili conformemente alle leggi o ad una autorizzazione speciale.

Lo straniero gode in generale di tutti i diritti civili tranne quelli inerenti esclusivamente alla qualità di cittadino o per l'esercizio dei quali bisogna essere domiciliati in un comune.

La regola che gli stranieri sono assimilati ai regnicoli riguardo al godimento dei diritti civili è limitata dal principio di ritorsione e di reciprocità (3).

Ora poi che si sta elaborando un codice civile da adottarsi per tutto l'Impero tedesco giova sperare che esso renderà omaggio al principio sancito dal legislatore italiano. Conforta in questa speranza il parere della Corte suprema commerciale di Lipsia la quale

(1) Chi voglia conoscere da qual legge è regolata la capacità dello straniero in Prussia può consultare lo scritto di **Felice Stoerk,** Professore all'Università di Greifswald: *Della condizione degli stranieri in Prussia*, tradotto e annotato da **M. Beauchet** nel *Journal de droit int. privé* 1883.

(2) In questo quadro di legislazione comparata preferibilmente serbiamo l'ordine cronologico: tuttavia, quando discorriamo di uno Stato non unitario e quindi comprendente legislazioni diverse crediamo meglio esporle tutte di seguito per non ingenerare nel lettore troppa confusione.

(3) Togliamo queste notizie dall'opera del **De Saint-Joseph,** *Concordance entre les Codes civiles et le code Napoléon.*

ebbe a riconoscere esplicitamente l'obbligo di ammettere l'eguaglianza giuridica dello straniero al cittadino (1).

Il Codice dei Paesi Bassi.

Fu pubblicato nel 1838 fino al qual tempo era rimasto in vigore il codice Napoleone. Nell'art. 9 stabilisce che « il diritto civile del Regno si applica indistintamente tanto ai cittadini quanto agli stranieri » vale a dire proclama in via generale l'eguaglianza tra gli uni e gli altri. Ma gli articoli 884 e 957 derogano a siffatta eguaglianza per il più importante dei diritti civili, per il diritto ereditario, disponendo che lo straniero non sia ammesso a succedere nei Paesi Bassi che nei casi in cui un Olandese possa succedere nel paese di questo straniero. Questi articoli però furono assai più tardi abrogati (6 Aprile 1869) da una legge conforme a quella francese del 1819. Lo stesso codice nell'art. 8 assimila gli stranieri ai cittadini nei due casi seguenti:

I. Allorchè in virtù dell'autorizzazione del re essi avranno stabilito il loro domicilio nel regno e fatto constare quest'autorizzazione all'amministrazione comunale. (Tale disposizione è conforme al cod. francese).

II. Allorchè, dopo avere stabilito il loro domicilio in un comune del regno ed averlo conservato nel medesimo comune durante sei anni, avranno dichiarato all'amministrazione comunale di questo domicilio l'intenzione di fissarsi nel regno. E questa disposizione segna un progresso sul codice Napoleone a tenore del quale lo straniero gode dei diritti civili soltanto se autorizzato a stabilire il domicilio in Francia e finchè continua a risiedervi.

La legislazione serba.

La Serbia si diede un codice civile nel 1844. Questo codice (art. 45) prende sotto la sua piena protezione gli stranieri che

(1) **Sachs,** *Les arrêts de la Cour supreme commerciale de Leipzig en matière de droit international privé* (Revue de droit international, 1874 230).

Il Dr. **Haenel,** (*Situation légale des enfants d'étrangers en Allemagne*, Journal ecc. 1884), asserisce che lo straniero è trattato sul suolo tedesco presso a poco come i nazionali.

soggiornano in Serbia sotto il rapporto dei diritti che si riannodano alla loro persona o alla loro proprietà, a meno che per il godimento d'un diritto speciale la legge non esiga la qualità di cittadino serbo.

L'art. 47 porta che in generale lo straniero godrà in Serbia degli stessi diritti civili accordati ai Serbi dallo Stato al quale questo straniero appartiene. Come si vede questo articolo è inspirato al codice Napoleone cioè contiene il principio di reciprocanza.

L'art. 53 così si esprime: « Il codice civile protegge i diritti di tutti i cittadini serbi e *degli stranieri* d'un'altra religione, accorda loro il godimento dei diritti civili a meno che il godimento di certi diritti non sia limitato da un'espressa disposizione di legge » (1).

La legislazione spagnuola.

Il diritto civile in Ispagna non è ancora codificato, ma già dal 1852 fu pubblicato un decreto sulla condizione giuridica degli stranieri. Essi si dividono in 2 classi: i domiciliati é quelli che si trovano soltanto di passaggio (transeuntes), ma sì gli uni che gli altri possono penetrare e circolare nel paese al pari dei nazionali, possono acquistare immobili, esercitare un'industria e prender parte ad ogni impresa non espressamente riservata ai sudditi spagnuoli. In caso d'apertura della successione intestata d'uno straniero l'autorità locale, d'accordo col console della nazione del defunto, procede all'inventario dei beni ed effetti mobili e prende le misure conservative necessarie attendendo l'arrivo degli eredi. In questo caso come in quello di una successione testamentaria, i tribunali spagnuoli devono limitarsi a conoscere dei reclami formulati dai creditori o in generale tendenti all'adempimento delle obbligazioni contratte in Spagna o in favore di sudditi spagnuoli (2).

(1) **G. Pavlovitsch,** presidente della Corte d'Appello di Belgrado. *Della condizione giuridica degli stranieri in Serbia*, Journal ecc. 1884.

(2) **Leher,** *Elements de droit civil espagnol*, n. 13-15.

Legislazione greca.

In Grecia un codice civile completo è ancora in via di formazione, ma nel 1856 ne venne pubblicata una parte nella quale è compreso l'argomento della condizione dello straniero. Anch'esso, dice l'art. 13, godrà in Grecia dei diritti civili salvo che le leggi dello Stato, cui non sarà punto derogato dai trattati, non riserbino certi diritti civili ai soli Elleni. — Questo articolo, oltrechè segnare un non lieve progresso di fronte al codice Napoleone, è notevole perchè diede occasione alla Commissione legislativa di riconoscere che l'interesse del paese non meno che la giustizia militano in favore della concessione dei diritti civili agli stranieri. Infatti, essa soggiunse, dacchè lo straniero potrà raccogliere in Grecia la successione che gli sarà ivi deferita, disporre dei suoi beni per atto di ultima volontà, fare od accettare donazioni, contrarre validamente impegni leciti dal punto di vista della legge greca, esercitare in una parola tutti gli altri diritti civili, egli non esiterà più a trasferire la sua fortuna in Grecia e a stabilirvisi definitivamente, adottandola per sua seconda patria. Questa concessione è d'altronde conforme alla giustizia, poichè anche lo straniero è in diritto di pretendere che si rispetti la sua personalità e la sua fortuna (1).

Il diritto turco.

Il codice del 1858 non conteneva alcuna disposizione relativa agli stranieri e il diritto di possedere legalmente non era in loro riconosciuto, ma poi essendosi molti forestieri stabiliti nell'impero ottomano ed avendo cercato di diventar proprietarî, la concessione del diritto di proprietà si presentò ai ministri turchi come un'importante riforma che avrebbe avuto per conseguenza di attirare in Turchia i capitali europei. Furono dunque soltanto considerazioni politiche che fecero uscire la legge 16 giugno 1867 per la quale gli stranieri sono ammessi allo stesso titolo che i sudditi ottomani e senz'altra condizione a godere del diritto di proprietà degli immobili urbani o rurali in tutta l'estensione dell'impero ad ecce-

(1) **Rhally,** *Code civil de la Grece avec l'exposé des motifs soumis au Ministère de la justice par la Commission chargée de la redaction du code.* Athènes, 1857.

zione della provincia di Hediaz. La stessa legge riconosce agli stranieri la facolà di disporre per donazione o per testamento dei loro beni immobili (1).

Il diritto russo.

Benchè le tradizioni slave di ospitalità verso gli stranieri siano state alquanto modificate dal dispotismo degli czar, tuttavia il diritto russo è ancora informato a sentimenti di umanità verso gli stranieri. Questi, in generale sono ammessi a succedere in Russia e si riconosce altresì in loro la capacità di testare e di ricevere per testamento (2).

Il Lawrence poi ci dice che gli stranieri in Russia possono, dopo il 1860, possedere beni immobili, e come proprietari sono atti ad essere eletti membri delle assemblee provinciali (3).

Nè è per essi stabilito alcun divario con gli indigeni in ciò che concerne il diritto di stare in giudizio (4).

La legislazione portoghese.

Il codice civile del 1° luglio 1867 rimase fedele alle tradizioni portoghesi sempre benevole verso i forestieri disponendo coll' art. 2 che: Gli stranieri che viaggiano o risiedono nel paese hanno i medesimi diritti ed obblighi civili dei cittadini portoghesi in quanto agli atti che debbono avere effetto nel regno salve le eccezioni espressamente prevedute dalla legge e le disposizioni dei trattati internazionali. Come principio generale è dunque ammessa l'eguaglianza giuridica dello straniero col cittadino (5).

(1) **F. Rougon,** *Du droit pour les étrangers d'aquérir en Turquie.* (Journal de droit international privé, 1886).

(2) **Laurent** (op. cit. vol. II, §. 28) spiega con lo stabilirsi del dispotismo l' ineguaglianza verso gli stranieri introdottasi nelle consuetudini slave, mentre il **Witte** (*Die Rechts verhältnisse der Ausländer in Russland* pag. 23) la spiega con l'affluenza di avventurieri stranieri che non meritavano i favori prodigati dal diritto primitivo.

(3) **Villiam Beach Lawrence,** Op. cit., vol III, pag. 84.

(4) **I. Barkowski,** *Del diritto degli stranieri di stare in giudizio davanti ai tribunali russi.* (Journal ecc. 1887).

(5) **Ernest Leher,** *De la situation légale des étrangers en Portugal d'après le droit commun ecc.* (Journal ecc. 1888, pag. 352).

Legislazione svedese.

Fino ad un tempo ancor recente i diritti degli stranieri in Svezia si riducevano presso a poco alla libertà di circolare nell' interno del regno e alla sicurezza personale. Non potevano, salvo strette eccezioni, nè darsi al commercio, nè esercitare un mestiere o un' industria, nè divenir proprietari, nè praticare il loro culto. Ma a questa condizione di cose si apportarono notevoli modificazioni con le leggi 18 giugno 1864 e 20 giugno 1879 sulla libertà religiosa. Anche attualmente però gli stranieri non possono essere ammessi ad acquistare proprietà fondiarie sul suolo svedese che in virtù d' un' autorizzazione del governo subordinata sempre a condizioni abbastanza rigorose e specialmente a quella di fornire cauzione, in caso d'assenza, per il pagamento di tutto ciò che verrebbe ad esser dovuto a cagione del possesso dell' immobile. La legislazione è invece migliorata per quanto concerne la libertà di esercitare il commercio o un' industria, poichè, mentre prima del 1864 i diritti degli stranieri erano sottomessi a un regime di proibizione quasi completo (col codice di commercio 1736, cap. 5 e 7), la legge di quell' anno invece, sopprimendo ogni interdizione, concede al forestiero il diritto di mercanteggiare liberamente in tutto il regno, di importarvi merci ed esportarne, di vendere all' ingrosso ed al dettaglio, a termine o a contanti, di esercitare un' industria od un mestiere, di dedicarsi insomma a qualunque specie di negozî, alla sola condizione di avere ottenuta l' autorizzazione del governo. Quest' autorizzazione è accordata dopo un' inchiesta e il richiedente è inoltre obbligato a fornir cauzione di pagare tre anni di contribuzioni.

I diritti civili sono riconosciuti agli stranieri secondo il principio di reciprocità; uno straniero può raccogliere in Svezia una successione nelle stesse condizioni in cui lo farebbe uno Svedese nel paese dello straniero. È stato abolito il diritto di detrazione e l' obbligo per gli stranieri di prestare dinanzi ai tribunali la *cautio judicatum solvi* (1).

(1) **P. Dareste,** *Della condizione legale degli stranieri in Svezia.* (Journal ecc. 1880).

Legislazione svizzera.

Il popolo svizzero rigettava nel 1872 un progetto di costituzione che dava alla Confederazione la competenza legislativa relativamente ad ogni diritto civile (1).

In Isvizzera la condizione degli stranieri è dunque determinata dalla legislazione di ciascun cantone, ed alcune legislazioni speciali, ad esempio il codice ticinese del 1837 e quello di Friburgo del 1849, adottano il principio della reciprocanza. In altri cantoni gli stranieri sono nel godimento dei diritti civili pareggiati ai nazionali salvochè la qualità di nazionale non sia richiesta per siffatto godimento (art. 45 del cod. civ. del 1855 del Cantone d'Argona). La legge di Vaud, ancor più liberale, dispone nell'art. 7 che gli stranieri godranno dei diritti civili secondo le leggi che vi sono relative.

§. 2.

Il diritto anglo-americano.

L' Inghilterra.

Questo paese benchè sempre largo della più generosa ospitalità verso i forestieri, tuttavia li colpisce nella sua legislazione o a dir meglio nel suo diritto consuetudinario di tante incapacità da renderne la condizione assai più precaria e molesta che in qualunque altro Stato. Siccome in Inghilterra si ammetteva che tutto il suolo dipendesse dal re e lo straniero era fuori dal legame di vassallaggio feudale, così lo straniero era privo di ogni diritto in vita e nel caso di morte. Uno statuto di Enrico VIII vietava persino di prendere in affitto una casa, e poi, siccome ciò avrebbe reso impossibile il soggiorno di commercianti stranieri in paese, si permise ad essi di prendere in affitto una casa come accessorio del loro commercio.

(1) **Alfred Martin,** *Della capacità civile dal punto di vista del diritto internazionale privato secondo la legislazione federale svizzera* (Journal ecc. 1883).

Fu solo uno statuto del 1843 che diede facoltà agli stranieri *amici* di prendere in affitto beni immobili con la restrizione però che l'affitto non potesse eccedere gli anni ventuno. Ma il possesso di questi beni non poteva esser loro accordato che mediante una regia patente chiamata lettera di denisazione. E fu mestieri venire fino al 1870 perchè una legge (12 Maggio d. a.) mettesse in armonia la *common law* coi principî della civiltà moderna. Fino a quel tempo lo straniero era incapace di trasmettere o acquistare alcun diritto immobiliare, mentre poteva disporre dei mobili per testamento, nuova prova che l'incapacità da cui veniva colpito era di origine feudale. — La nuova legge intitolata: *Naturalization Act* porta queste disposizioni:

Art. 1. « Lo straniero è assimilato ai cittadini britannici di nascita in quanto concerne il possesso, l'acquisto, la trasmissione in qualsiasi modo legale della proprietà tanto di beni mobili che di immobili ».

Però il godimento della proprietà non gli conferisce che i diritti costituenti l'essenza della proprietà (1).

L'America del Nord.

Gli Stati dell'Unione americana, come i cantoni della Svizzera, hanno proprie costituzioni particolari dalle quali è regolata la capacità degli stranieri (2). In alcuni di questi Stati, e specialmente in quello di New-York, la *common law* ossia il sistema feudale impera ancora in tutto il suo rigore, epperò nessun forestiero può ivi acquistare la proprietà di beni immobili. In altri invece (quali quelli di New-Hemsphire, di Connecticut, di Kentucki, di Jawa, di Newada, delle due Virginie) non si vieta agli stranieri di acquistare e possedere stabili, ma si sottopone la loro capacità alla condizione della residenza nello Stato o almeno nel territorio dell'Unione. In altri ancora, ad esempio nel Kansas, la costituzione stessa dichiara che non sarà giammai fatta dalla legge alcuna distinzione tra gli stranieri e i cittadini in quanto al possesso, godimento e successione di beni.

(1) **Laurent,** Op. cit., vol. II, §. 19.
(2) **Lawrence,** Op. cit., vol. III, 89 e **Addenda,** pag. 472.

§. 3.

Il diritto sud-americano.

Dacchè le colonie spagnuole si ribellarono alla madre patria e formarono Stati indipendenti, i principî di diritto pubblico del continente sud-americano, a quanto ci asserisce il Daireaux (1), possono riassumersi in questo assioma: in America nessùno è straniero. Chi mette piede sul suolo americano entra in una famiglia ove acquista, senza bisogno di sollecitarli, gli stessi diritti e allo stesso titolo di coloro che primi vi piantarono le loro bandiere.

La Repubblica argentina.

Nessuna legge di questo paese obbliga lo straniero a rinnegare la propria patria e a diventar cittadino del paese ove fissa la residenza: ma egli può, pur conservando sempre la propria qualità, acquistarvi il suolo, trasmetterlo ai suoi eredi senza pagare sotto alcuna forma diritto d'albinato, entrare nelle assemblee municipali, nei consigli di direzione delle banche, esercitare la professione di avvocato, la carica di sindaco, di tutore, di curatore. È inoltre ammesso nell'esercito come soldato e come uffiziale.

La costituzione del 1870 fa a riguardo degli stranieri delle dichiarazioni categoriche e li mette sotto tutti gli aspetti alla paro coi nazionali. Con l'art. 26 essa fa loro godere tutti i diritti dei cittadini e in tutti gli altri articoli del suo preambolo impiega sempre la parola: abitanti della nazione. È dunque agli abitanti dello Stato e non ai nazionali che essa garantisce tutti i diritti che costituiscono la libertà individuale, quella di coscienza e di pensiero, l'inviolabilità della proprietà, della persona e del domicilio.

Il Chilì.

L'art. 57 del codice civile chiliano del 1855 così si esprime:

« La legge non fa alcuna differenza tra il Chiliano e lo straniero in ciò che concerne l'acquisto e il godimento dei diritti ci-

(1) **Daireaux E.,** *De la condition légale des étrangers dans la République Argentine.* (Journal ecc. 1886).

vili determinati dal presente codice. — È chiaro che la legge chiliana si mostra largamente liberale verso i forestieri e la loro eguaglianza coi cittadini sarebbe completa se l'art. 14, inspirato al codice francese, non li sottomettesse alle leggi chiliane (1).

Il Perù.

La prima disposizione notevole dopo l'emancipazione di questo paese dalla Spagna è il decreto 19 Ottobre 1821 in cui si dichiara che gli stranieri hanno diritto come i cittadini alla protezione del governo e delle leggi. Poi, dopo alcune modificazioni di questo decreto dovute agli avvenimenti della guerra e agli allarmi permanenti che la vicinanza del nemico cagionava, si arriva al decreto 30 Luglio 1829 che è estremamente severo verso gli stranieri, poichè li sottomette all'obbligo di sollecitare un permesso per soggiornare in paese. Ma questa severità è più che altro dettata dalle circostanze perchè del resto il governo si ispirò sempre a una larga ospitalità.

Così in una circolare del 25 Gennaio 1859 diretta dal ministro degli esteri ai suoi colleghi si dice che bisogna proteggere coloro che coi loro capitali e la loro industria contribuiscono al progresso della nazione.

La costituzione attuale riconosce negli stranieri il diritto di acquistare conformemente alle leggi una proprietà territoriale nella repubblica. E il codice civile, dopo aver detto che i diritti civili sono indipendenti dalla qualità di cittadino (art. 32), dichiara di ammettere gli stranieri al godimento di tutti i diritti concernenti la sicurezza della loro persona e dei beni e la libera amministrazione di questi ultimi (art. 33). Veramente stando alla lettera dell'art. 33 parrebbe che all'infuori della sicurezza della persona e della libera amministrazione dei beni i forestieri non godessero di alcun altro diritto. Ma il codice, benchè non parli di veri diritti civili, non esclude gli stranieri dal matrimonio, dalla patria potestà e in generale dai diritti di famiglia; di più la costituzione che è posteriore al codice e per conseguenza lo ha parzialmente abrogato nelle disposizioni che le sono contrarie ha esteso il significato delle parole: « libera amministrazione » accordando ai forestieri *per tutto*

(1) **José Clement Fabrès**, *Le droit international privé dans la legislation du Chili* (Journal ecc. 1887, pag. 133 e 291).

ciò che concerne la loro proprietà il godimento dei diritti che appartengono ai Peruviani (1).

E questo crediamo che basti per avere un' idea abbastanza completa del modo come i diversi popoli considerano i diritti degli stranieri. Certo nella pratica i principî sanciti nelle varie legislazioni sono notevolmente modificati dai trattati diplomatici, dei quali però non crediamo di doverci occupare essendo essi quasi sempre il prodotto di considerazioni di politica o un compromesso tra interessi diversi e non l' emanazione della coscienza giuridica d' un popolo in un dato momento storico (2). Questa era quello che ci premeva di studiare ed ora che l' abbiamo veduta presso le altre nazioni passiamo ad esaminarla nei prodotti legislativi della patria nostra.

Capitolo II.

La legislazione italiana.

§. 1.

Lo straniero nel diritto civile.

In generale i codici nostrani che precedettero l'attuale, seguendo le orme del codice Napoleone, si informavano al principio di reciprocità.

Così il codice sardo disponeva (art. 26) che lo straniero che volesse godere di tutti i diritti civili appartenenti al regnicolo, avrebbe dovuto fissare il domicilio nello Stato, ottenere il privilegio della naturalità e prestare giuramento di fedeltà al re. In difetto di ciò sarebbe stato trattato come si trattavano i regnicoli nel suo paese d' origine.

Il codice delle due Sicilie con l' art. 9 attribuiva l' esercizio dei diritti civili:

α) agli stranieri in quanto la legge del loro paese li accordasse essa stessa ai nazionali, salve le eccezioni comprese nei trattati diplomatici.

(1) **Pradier-Fodéré,** *De la condition légale des étrangers au Perou* (Journal ecc. 1878-79.

(2) Chi volesse conoscere con intendimenti pratici i diritti che spettano agli italiani in qualunque paese si rechino, può consultare oltrecchè la raccolta dei trattati del **Palma**, la recente opera dell' **Esperson** da noi già citata.

β) agli stranieri autorizzati a risiedere nel regno per tutto il tempo che vi soggiornano.

La prima sconfessione legislativa del principio di reciprocanza fu data in Italia dal *Motuproprio* promulgato in Toscana l'11 Dicembre 1835. L'art. I di quest'atto sancisce:

« Gli esteri, a qualunque nazione appartengano, saranno ammessi a succedere in tutta l'estensione del territorio dei nostri Stati nelle eredità testamentarie ed intestate, ad acquistare per qualunque titolo anche lucrativo alla pari dei nostri sudditi e nel modo stesso e coi medesimi effetti, senza che ad alcuno di essi possa opporsi l'esistenza di leggi che inabilitino i Toscani a succedere ed acquistare nello Stato a cui gli stranieri appartengono ».

Il Codice Civile

Il passo più arduo nella via del progresso fu compiuto dalla legislazione che attualmente ci regge, vale a dire dal codice civile del 1865 di cui l'articolo terzo dispone che « lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini ». Ecco la eguaglianza giuridica del cittadino col forestiero riconosciuta esplicitamente ed incondizionatamente, l'ideale della scienza trasportato nel campo positivo della legistazione. Invero cotesto principio non divenne canone legislativo senza contrasto, e la Commissione senatoria, pur facendogli buon viso, vi apponeva tuttavia la condizione della ***residenza*** per non ***attribuire agli abitanti dei nostri antipodi il godimento dei diritti civili in Italia.*** Non le pareva in ispecie conveniente che la legge rendesse possibile ad uno straniero di esercitare l'uffizio di tutore, di sindaco o di consigliere comunale (1). Ma fu risposto che in quanto alle funzioni di sindaco o di consigliere comunale non si trattava in questo caso di diritti civili propriamente detti ma dell'esercizio di un pubblico uffizio, nè essere fondati i timori manifestati circa la tutela, giacchè ad ogni modo provvederebbe il Consiglio di famiglia.

E così la Commissione tolse la condizione della residenza rendendo in tal guisa completo omaggio ai principî di giustizia, perchè in effetto non vi sarebbe stata ragione di impedire ad una persona, per il fatto che non risiede in paese, di avervi interessi

(1) Relazione Senatoria. Parole di De Foresta alla Commissione Legislativa.

industriali o commerciali, di possedervi dei beni, di raccogliervi un' eredità ecc. La condizione di residenza è soltanto richiesta in via d' eccezione nel caso in cui si voglia assumere uno straniero come testimonio in un testamento o in qualunque altro atto notarile (1).

Ma questa a stretto rigore non si può chiamare un' incapacità personale e può anzi talora risolversi in un favore liberando lo straniero dall' incomodo della testimonianza e dalle eventuali conseguenze di essa quando non trovasi in Italia che di passaggio.

Dobbiamo dunque ritenere come regola generale che lo straniero potrà svolgere in Italia la propria attività in tutti quei rapporti che toccano i proprî interessi privati sia che riguardino la persona, o i beni o gli atti suoi. E qui taluni autori, notando che l' art. 3 parla di *godimento* di diritti e non di *esercizio*, avvertono che, se in astratto allo straniero si conferiscono tutti i diritti del cittadino italiano, nell' esercizio esso invece incontra delle limitazioni provenienti o dal naturale ostacolo di certe prescrizioni volute dalla sua condizione di straniero, o dal contrasto della legge territoriale con quella del paese cui appartiene (2). Noi non crediamo che la distinzione tra *godimento* di un diritto ed *esercizio* di esso, introdotta da certi scrittori (3), per determinare lo stato di coloro che, pur godendo dei diritti civili, sono incapaci di esercitarli personalmente (p. es. il minore, l' interdetto, ecc.), trovi retta applicazione nell' articolo terzo. Poichè la legge italiana non impedisce *mai* ad uno straniero, *unicamente perchè tale*, di esercitare praticamente un diritto di cui astrattamente gli concede il godimento. Potrà bensì lo straniero essere privo in Italia di taluni diritti dei quali fruiscono i cittadini italiani, come nel caso (citato dal Gianzana) di colui che, pur avendo l' età richiesta dalla legge italiana per essere maggiore, fosse invece dalla sua legge nazionale ancora astretto alla minorità, ma in tal caso egli è privo non del solo esercizio ma altresì del godimento di tutti quei diritti che, in Italia, dalla maggiore età scaturiscono, e ne è privo unicamente

(1) Cod. Civ. art. 788. — Legge notarile 25 maggio 1879 art. 42. — **Huc** et **Orsier,** *Le Code civil italien*, t. I, pag. 26.

(2) **Gianzana,** o. c., vol. I, tit. III, §. 83.

(3) **Vignali-Scalamandré,** *Commentario del Cod. civ. italiano*, Napoli, 1878, vol. I, §. 139. — **Buniva,** *Del diritto delle persone,* Torino 1871, Capo I, pag. 28.

perchè, riguardo a quelli, la nostra legge non ha impero sopra di lui.

Ma in tutti quei rapporti giuridici che per loro natura sono regolati dalla legge italiana (e naturalmente solo a questi si riferisce l'articolo terzo) lo straniero gode, come il cittadino, dei diritti civili, nè alcuna incapacità speciale gliene impedisce il libero esercizio. Sarebbe infatti cosa assurda che il nostro legislatore, dopo essersi mostrato tanto liberale verso il forestiero da parificarlo al cittadino senza restrizione nè condizione veruna, non gli permettesse poi nella pratica il pieno esercizio di quei diritti di cui astrattamente gli concede il godimento. Ciò equivarrebbe a considerare lo straniero quasi in uno stato di perpetua minorità, e la vantata eguaglianza non sarebbe che un'ombra senza corpo (1).

Ed ora vediamo brevemente quali sono i diritti civili che lo straniero può esercitare in Italia in relazione alla persona, ai beni e agli atti suoi.

a) La persona degli stranieri.

Domicilio

Essendo il domicilio il luogo dove una persona ha la sede principale dei suoi affari, niun dubbio che, se lo straniero tiene in Italia il centro principale dei suoi negozi, si potrà considerare come domiciliato nel regno. Del resto la nostra legislazione ammette esplicitamente la possibilità che un forestiero abbia il domicilio nel regno così nell'art. 8 Cod. civ. il quale concede la cittadinanza *al figlio nato nel Regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti*, come nell'art. 40 del Codice della Marina Mercantile che permette la proprietà delle navi a *stranieri che abbiano nello Stato domicilio o residenza da cinque anni almeno.*

Se poi lo straniero avrà cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza senza che se ne abbiano notizie si presumerà assente e i suoi connazionali interessati potranno provocare dai nostri tribuali la nomina di un rappre-

(1) Con questo però non intendiamo accostarci all'opinione del Fiore il quale non concepisce il godimento d'un diritto se non nel suo esercizio attuale (Diritto internazionale privato, Torino 1888, vol. I, §. 281).

sentante dell'assente e tutti i provvedimenti necessarî alla conservazione del suo patrimonio (Cod. civ. art. 20 e 21) (1).

Dei diritti di famiglia

In primo luogo in quanto all'atto costitutivo della famiglia, al matrimonio, lo straniero può come il nazionale contrarre nozze nel regno, reclamare l'osservanza degli obblighi tra i coniugi e verso la prole, chiedere in determinati casi lo scioglimento del vincolo matrimoniale o la separazione personale (2).

Ma dovrà per parte sua osservare in Italia gli obblighi imposti ai coniugi dalla legge italiana specialmente per quanto riguarda la coabitazione, la fedeltà e l'assistenza (art. 130, 133 Cod. civ.) poichè, come giustamente avverte il Fiore (3), interessando codeste disposizioni la moralità e la disciplina della famiglia, lo straniero non può considerarsene dispensato dovendo egli rispettare le leggi di ordine pubblico vigenti presso di noi. Per l'eguale ragione lo straniero sarà tenuto agli obblighi principali verso la prole quali quelli di mantenerla, educarla ed istruirla (art. 138 c. c.) benchè l'*estensione* di tali obblighi sia regolata dalla sua legge nazionale. Onde, benchè in Italia gli alimenti siano assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle sostanze di chi deve somministrarli (art. 143 c. c.), lo straniero potrà invece somministrarli agli aventi diritto in quantità maggiore o minore ove la sua legge personale richieda una proporzione diversa.

Quanto alla figliazione sarà la legge personale dello straniero che rende il fanciullo legittimo, naturale o adulterino, ma in ogni caso il figlio naturale straniero non potrà mai essere ammesso, dinanzi ai nostri tribunali, a provare la paternità trattandosi d'una ricerca vietata in modo assoluto dalle nostre leggi.

È controversa la questione se lo straniero possa adottare ed essere adottato, ed anzi la giurisprudenza francese risolve codesta questione negativamente (4). Ma nel nostro diritto, considerato che

(1) Vedi **Gianzana,** o. c., vol. I, §. 90.

(2) **Vittorio de Rossi,** *Studi di diritto internazionale privato in relazione alla legge italiana*, Livorno 1880, pag. 78.

(3) **P. Fiore,** *Droit international privé traduit de l'italien et annoté par P. Pradier-Fodéré*, Paris, 1875, §. 109, p. 204.

(4) **Dalloz,** *Répertoire méthodique et alphabétique de législation*, ecc. Paris, 1846, t. III, pag. 290 e 294.

l' adozione è un contratto pel quale si stabiliscono rapporti civili di paternità e di figliazione dove naturalmente non esistono, non può essa negarsi allo straniero, tanto più che è permessa, di regola, a tutte le persone dell' uno e dell' altro sesso (art. 202 codice civile) ed è vietata solamente ai genitori naturali e al tutore che non abbia ancora reso il conto della sua amministrazione (art. 205 e 207 c. c.) Fra queste eccezioni non è dunque compreso lo straniero.

Si è anche dubitato se lo straniero possa essere tutore essendo la tutela considerata come un ufficio pubblico, e benchè la discussione elevatasi a questo proposito nella Commissione Senatoria (1) inclini a far credere che il pensiero del legislatore italiano non fosse contrario ad ammettere lo straniero alla dignità di tutore, tuttavia ciò non basta a dissipare ogni dubbio.

Anche quì la giurisprudenza francese accolse l' opinione meno liberale ritenendo la tutela un *munus publicum* che interessa lo Stato in quanto à per oggetto il migliore andamento della famiglia e che quindi, come tale, non è trasmissibile ad un forestiero ancorchè fosse parente d' un minore nazionale. Fra noi già il Rocco sosteneva che gli stranieri sono capaci di quegli uffici pubblici che riguardino un interesse privato e, a nostro avviso, era nel vero.

Bisogna distinguere tra ufficio pubblico e partecipazione di pubblico potere, e sebbene la tutela sia ufficio pubblico nel senso che l' esercizio di essa è di interesse generale, tuttavia la sua sfera d' azione è ristretta a rapporti puramente privati. Il tutore ha cura della persona del tutelato, ne dirige l' educazione, ne amministra i beni e lo rappresenta negli atti della vita civile; or tutto ciò non importa l' esercizio d' un pubblico potere; l' utilità precipua è quella dei minori, e non dello Stato. E siccome può avvenire che i parenti d' un minore più atti ad esercitare la tutela siano stranieri, sarebbe ingiusto (bene osserva l' Alberti (2)) che ne fossero esclusi per la sola ragione che appartengono ad una diversa nazione come se questa troncasse i vincoli della parentela. Del resto la legge italiana, ove stabilisce le incapacità alla tutela (art. 268, 269 c. c.), non vi comprende la qualità di straniero; e siccome è principio giuridico (art. 4 disp. prelim.) che le leggi le quali re-

(1) V. sopra.
(2) Op. cit., pag. 33.

stringono il libero esercizio dei diritti non si estendono oltre i casi e i tempi in esse espressi, ne viene che, per escludere lo straniero dall' esercizio tutelare si richiederebbe che qualche testo della nostra legislazione ne lo dichiarasse esplicitamente incapace.

Il legislatore nostro à poi tolto ogni dubbio riguardo alla ammessibilità dello straniero all' ufficio di arbitro pareggiandolo in tale diritto al cittadino italiano (art. 10 cod. proc. civ.) Solo richiede che le sentenze arbitrali siano pronunziate nel regno (art. 22 cod. proc. civ.)

β) Dei diritti degli stranieri sui beni.

Diritto di proprietà.

Il principio generale stabilito dall' art. 3 del cod. civ. non trova su questo argomento che una sola limitazione nel codice per la marina mercantile del 25 Giugno 1865 modificato con legge 24 Maggio 1877. In esso si stabilisce che le navi per ottenere l' atto di nazionalità devono appartenere a cittadini dello Stato o a stranieri che vi abbiano domicilio o residenza da cinque anni almeno. Tuttavia gli stranieri anche non domiciliati nè residenti nello Stato possono partecipare alla proprietà di navi nazionali fino alla concorrenza di un terzo (art. 40).

Ma salvo questa limitazione, lo straniero è anche qui pareggiato completamente al cittadino. Egli potrà quindi essere proprietario di beni mobili ed immobili, e godere i diritti di uso e di abitazione, potrà pattuire servitù, usufrutti e comunione di stabili, aspirare al possesso legittimo delle cose, potrà ancora valersi tanto della prescrizione che della usucupazione appartenendo esse al novero dei diritti civili.

Così in massima non gli sarà nemmeno vietato di garantire la sua proprietà con tutti i mezzi permessi dalle nostre leggi onde l' alienante per garanzia del prezzo dell' immobile ceduto, la moglie per garanzia della dote e dei lucri dotali, potranno ottenere in Italia l' ipoteca legale (art. 1969 cod. civ.)

Quanto all' ipoteca convenzionale, mentre il codice di procedura civile prescrive (art. 944) che « la forza esecutiva agli atti autentici ricevuti in paese estero è data dal tribunale civile del luogo in cui l' atto deve eseguirsi previo giudizio in cui devono osservarsi le norme stabilite dagli art. 941 e 942 », il codice ci-

vile dichiara soltanto, nell'art. 1990, che « gli atti seguiti in paese estero che si presentano per l'iscrizione devono essere debitamente legalizzati ». Dal tenore dunque dei citati articoli, se appare chiaro che lo straniero a garanzia delle proprie obbligazioni può ottenere l'ipoteca sopra beni situati in Italia, resta ancor dubbio se ad un contratto stipulato all'estero portante ipoteca convenzionale basti la legalizzazione del console italiano e del ministero degli esteri perchè si possa eseguire la iscrizione, oppure sia necessaria l'autorizzazione data da un tribunale del Regno.

A nostro avviso il conservatore delle ipoteche potrà operare la iscrizione dietro la semplice presentazione del contratto debitamente legalizzato; ma allorquando si tratti di ottenere l'adempimento dell'obbligazione garantita dall'ipoteca, ad es. di espropriare i beni del debitore, allora sarà necessaria l'autorizzazione del magistrato il quale, prima di darla, dovrà esaminare il valore e la forma dell'atto stesso. Onde se i contraenti avessero stabilito un fidecommesso o stipulato una rinunzia ad eredità futura e a garanzia di tali obbligazioni avessero costituita un'ipoteca sui beni del promittente situati in Italia, torna manifesto che il magistrato dovrebbe negare ogni forza esecutiva a simili istrumenti trattandosi di patti assolutamente proibiti dalle nostre leggi.

In questo caso l'effetto dell'ipoteca sarebbe nullo ma, ripetiamo, finchè si tratta della semplice iscrizione, di una cosa cioè che non esce dal limite dei rapporti privati e non può mai ferire un interesse pubblico, la sola legalizzazione è bastevole e l'intervento del magistrato non è necessario (1).

Chi invece voglia valersi in Italia di una sentenza straniera per procedere all'iscrizione dell'ipoteca giudiziale dovrà uniformarsi al procedimento prescritto dall'art. 941 del cod. proc. civ. cioè promuovere davanti la Corte d'Appello del luogo dove sono situati i beni un giudizio di delibazione ed ottenere la pronuncia di exequatur del titolo estero (art. 1973 cod. civ.) (2).

Lo straniero potrà altresì ottenere in Italia, al pari del cittadino, concessioni di miniere (lo dice espressamente l'art. 38 della legge mineraria 20 Ottobre 1859), di appalti e di ogni altro genere di imprese.

La sua proprietà artistica e letteraria è poi garantita da un

(1) **De Rossi,** op. cit., pag. 11.
(2) **De Rossi,** op. cit., pag. 47.

gran numero di convenzioni speciali quali quella internazionale del 9 Settembre 1886.

Diritto di successione

La nostra legislazione, a differenza di quasi tutte le altre, ha reso lo straniero perfettamente capace di trasmettere i suoi beni *mortis causa* tanto per successione *ab intestato* che per successione testamentaria e, inversamente, d'essere istituito erede o legatario dei beni d'un italiano (1). Tutto ciò senza peso alcuno o condizione di reciprocità, talchè si può dire che su questo argomento il principio sancito dall' art. 3 cod. civ. trova la sua applicazione più piena ed intera.

γ) **Gli atti degli stranieri.**

Si possono considerare sotto un triplice aspetto vale a dire riguardo alla loro forma, alla loro sostanza, e ai fatti posteriori che vi si riferiscono (2). Avvertiamo intanto subito che ogni atto giuridico compiuto fuori d'Italia o nel regno da non Italiani esercita presso di noi la propria efficacia purchè soddisfi ad alcune condizioni stabilite dalle nostre leggi. Così, per quanto concerne la forma estrinseca, l'istrumento sarà valido in Italia purchè sia conforme alle disposizioni della legge nazionale delle parti se questa sia la medesima per ciascuna di esse (cod. civ. art. 9). Lo stesso dicasi della forma intrinseca ovvero della sostanza degli atti.

Ma ciò è materia che entra specialmente nel campo vero e proprio della teoria dei conflitti tra leggi diverse e il trattarla diffusamente ci allontanerebbe dallo studio che ci siamo proposti. Crediamo piuttosto di dover dire qualche cosa dei fatti posteriori che si riferiscono agli atti compiuti dallo straniero cioè dei modi coi quali può ottenerne in Italia l'esecuzione.

(1) Il **Gary** (*De la condition juridique des Français à l'étranger*, Paris, 1890, pag. 188, VII) aggiunge che gli stranieri non possono essere sottomessi a nessun diritto o tassa più elevata di quella a cui sono soggetti gli Italiani.

(2) Seguiamo la classificazione del **Haus**: *Du droit privé qui régit les étrangers en Belgique*, Gand, 1874, pag. 229.

E innanzi tutto se uno straniero voglia dare esecuzione in Italia a un contratto, o a un testamento, o in generale a un atto qualunque portante disposizioni in suo favore, può adire liberamente i tribunali italiani e. ove il suo diritto sia contestato, farsi attore in giudizio dinanzi all'autorità competente. Presso di noi è stata abolita quella *cautio judicatum solvi* o *pro exspensis* che, originata dal diritto giustinianeo « *ad escludendas calunniose moventium intentiones et executorum fraudes* » (1) si convertì più tardi in un provvedimento atto a prevenire la malafede dello straniero che col recarsi all'estero potesse eventualmente sottrarsi alle conseguenze del giudizio in cui fosse rimasto soccombente. Ed a tale scopo è ancora oggidì conservata nel maggior numero delle legislazioni vigenti, non però nella nostra, che non solo ha tolto quest'ultimo segno di diffidenza verso lo straniero, ma ammette largamente il forestiero povero ai benefici della gratuita clientela (2).

Reciprocamente lo straniero anche non residente nel regno (chi vi risiede è sempre soggetto alla giurisdizione dei nostri tribunali) potrà essere citato dinanzi ai giudici italiani, purchè si tratti di azioni sopra beni esistenti nel regno oppure di obbligazioni derivanti da contratti o fatti eseguiti nel regno o che quivi debbano avere esecuzione (3).

Lo straniero potrà anche essere convenuto in quegli altri casi in cui ciò possa farsi per reciprocità (4), cioè in tutti quei casi nei quali un regnicolo può essere convenuto davanti a giudici stranieri.

In fine il forestiero, benchè non abbia residenza nel regno, potrà essere tratto dinanzi ai nostri tribunali purchè si trovi attualmente nel regno e sia citato in persona propria (art. 106 c. p. c.). In ogni caso poi, sia egli attore o convenuto, ove l'esito della lite gli riesca favorevole, sarà in sua podestà di ottenere l'esecuzione della sentenza emanata dai tribunali del regno coi modi

(1) **Novella**, 112.

(2) Art. 8, Legge 6 Dicembre 1865 modificata con la Legge 19 Luglio 1880 N. 5536.

(3) Cod. proc. civ. art. 105.

(4) V. la critica di questa disposizione legislativa nell'**Esperson** (*Journal de droit int. privé*, 1883, pag. 270) approvata dal **Gianzana**, op. cit., parte II, pag. 75, N. 104.

prescritti dalla legge del luogo in cui si procede e quindi, presso di noi, dal codice di procedura civile (art. 10 dispos. prelim.)

Quid juris se lo straniero voglia far eseguire in Italia una sentenza in suo favore pronunziata da un tribunale straniero?

In questo argomento quasi tutti gli Stati ebbero sempre, sinora, una certa diffidenza l'uno verso dell'altro e seguirono il primo o il secondo di due sistemi restrittivi: o di negare ogni forza esecutiva alle sentenze all'estero pronunziate, o di concederla ma sotto determinate e sempre gravose condizioni, come la reciprocità o la revisione della sentenza stessa, o l'ammissione della medesima solo in quanto non sia contraria agli interessi del cittadino (1).

Il legislatore italiano, seguito finora soltanto dal portoghese (cod. p. c. art. 1087, 1088) ha accettato anche qui la dottrina più liberale concedendo l'esecutorietà alle sentenze straniere senza un riesame del loro valore intrinseco e previo soltanto un giudizio di delibazione nel quale la Corte esamina:

a) Se la sentenza sia stata pronunziata da un'autorità giudiziaria competente, cioè se il giudice straniero non abbia invaso la competenza del giudice nazionale e, dato che no, se egli non fosse incompetente secondo le leggi dello Stato nel quale la sentenza fu pronunziata.

b) Se sia stata pronunciata citate regolarmente le parti — e la validità della citazione dovrà essere giudicata secondo il rito del luogo in cui è avvenuta. Quindi, se à avuto corso in Italia, si dovrà esaminare, anche d'ufficio, se fu osservato il disposto dell'art. 947 c. p. c.

c) Se le parti siano state legalmente rappresentate o legalmente contumaci. E anche qui la regolarità della contumacia o della rappresentanza si desumerà dalla legge del luogo in cui fu pronunziata la sentenza che si esamina.

(1) Non crediamo di dover qui citare la ricchissima bibliografia sull'argomento la quale é in gran parte riportata dal **Gianzana,** op. cit., parte III, pag. 5. Notiamo solo tra gli autori piu notevoli che se ne occuparono dopo di lui:

Laschau et **Daguin,** *De l'ésecution des jugements étrangers*, ecc., Paris, Larose et Forcel, 1889, e:

Charles Constant, *De l'exécution des jugements étrangers dans les divers pays*, Paris, 1890, il quale ultimo è il più completo studio in fatto di legislazione comparata.

d) Se la sentenza contenga disposizioni contrarie all' ordine pubblico o al diritto pubblico interno del regno. Notisi però che codesta indagine deve limitarsi a vedere se *le conseguenze che derivano dalla cosa giudicata o i fatti che si vogliono porre in essere con la sentenza* siano in opposizione coi principi di ordine pubblico e non già quando la *regola di diritto* con la quale si giudicò sia contraria ad una nostra legge di ordine pubblico, chè allora il giudice delibatore entrerebbe nell' esame del merito il che gli è vietato (art. 941 c. p. c. e 12 disp. prelim.) (1).

Allo stesso giudizio di delibazione vanno soggetti per l' articolo 944 c. p. c. tutti gli atti autentici ricevuti in paese estero cui si voglia dare esecuzione in Italia.

§. 2.

Lo straniero di fronte al diritto penale.

Il principio dell' azione costante della legge penale in tutto il territorio nazionale non può essere da nessuno impugnato.

Chiunque, cittadino o straniero, violi la legge penale nel territorio dello Stato, dev' esser punito secondo quella legge che ha infranta (2).

Epperò lo straniero che commettesse un reato in Italia sarebbe, come il cittadino, punito secondo la legge italiana (art. 3 cod. pen.

Ma lo straniero può anche commettere un reato in estero territorio ed allora, per lo stesso principio, è la legge del luogo in cui il reato è stato commesso che deve incaricarsi di perseguirlo. Tuttavia ci sono dei casi in cui il legislatore italiano non poteva restare affatto indifferente per atti delittuosi commessi al di fuori del territorio nazionale, e ciò avviene quando un delitto commesso all' estero offenda in qualche modo la vita politica ed economica dello Stato. Allora il diritto e la competenza di punire sussistono tanto nello Stato leso quanto nello Stato *criminis patrati* e dall' offesa nasce la giurisdizione. Lo Stato ha diritto di perseguire

(1) **Fiore,** *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*, p. I, N. 57, Pisa 1874.

(2) **Torres Campos,** *Elementos de derecho internacional privado*, Leccion 27, pag. 150. Madrid 1887.

cotesti reati in qualunque luogo commessi senza distinguere se lo autore sia un cittadino od uno straniero, e senza che perciò le sue leggi abbiano un' efficacia estra-territoriale perchè il suo ordine giuridico è per opera di essi violato e in modo diretto (1).

Cotali offese possono essere dirette o contro lo Stato come ente a sè, o contro i cittadini. Nel primo caso la legge italiana punisce lo straniero che abbia cospirato contro la sicurezza dello Stato, o ne abbia contraffatto il sigillo, o abbia falsificato monete oppur carte di pubblico credito; nel secondo lo persegue quando abbia in generale commesso un delitto per il quale la legge italiana stabilisca una pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel massimo a cinque anni (art. 4 c. p.) e nell' un caso e nell' altro, quando il delitto commesso dallo straniero sarebbe punito in Italia con una pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo ad un anno, ma in quest' ultima ipotesi, perchè i nostri magistrati possano procedere contro di lui, occorrono due condizioni, e cioè che egli si trovi nel regno, e che ci sia la richiesta del Ministro della Giustizia o la querela di parte (art. 6 c. p.)

Ma che cosa avverrà allorquando lo straniero commetta all' estero un delitto che non tocchi per nulla gli interessi dello Stato? Certo finchè lo straniero rimane nel territorio dello Stato offeso è quivi che sorge il diritto alla repressione e alla punizione del colpevole; ma se questi si rifuggì in un altro Stato diverso da quello ove commise il reato, potrà quest' ultimo tollerarne la presenza e l' impunità? Ciò equivarrebbe a un diritto di asilo in favore del delinquente che oggi certo non è più ammesso da nessuna nazione civile (2); oggi invece tutte le nazioni civili si sentono solidali nell' amministrazione della giustizia e vedono un interesse comune nella pronta repressione di ogni delitto in qualunque luogo perpetrato (3). È poi ragionevole che la territorialità della legge penale trovi applicazione non solo in ragione dei *fatti* che si commettono nel territorio, non solo in ragione degli *effetti* lesivi che immediatamente concernono lo Stato nazionale, ma ezian-

(1) Relazione Ministerale presentata alla Camera il 22 Novembre 1877, art. del Progetto 4-9. Roma 1888.

(2) **C. Pascale,** *La estradizione dei delinquenti.* Napoli 1880. *Dell' asilo*, pag. 20.

(3) **A. Bard,** *Precis de droit international pénal et privé*, Paris, 1883, §. 75.

dio in ragione delle *persone* che si trovano nel territorio medesimo ovunque abbiano commesso il delitto in quanto che la loro impunità costituisce una minaccia per la sicurezza sociale nello Stato ove dimorano (1).

Per questo la legge italiana persegue il delinquente che si trova nel territorio nazionale ancorchè il suo reato non abbia offeso nè i diritti dello Stato nè quelli dei cittadini. Talvolta però il reo è perseguito in modo diretto, vale a dire viene giudicato e punito secondo le norme del codice italiano, talvolta invece la persecuzione è semplicemente indiretta, cioè si limita alla consegna del reo alle autorità di quello Stato in cui più forte si è destato l'allarme sociale e nel quale perciò è sorta in primo grado la giurisdizione.

Abbiamo il primo caso quando si tratti di delitto per il quale sia stabilita una pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo ai tre anni, e non esista trattato di estradizione, oppur questa non sia stata accettata dal Governo del luogo in cui il colpevole ha commesso il delitto o da quello della sua patria (cod. pen. art. 6).

Abbiamo il secondo quando si tratta egualmente di delitto di una certa gravità e quando esista tra il Governo nostro ed il Governo straniero un trattato di estradizione, la quale per di più deve essere offerta o consentita dal Governo del Re previa deliberazione conforme dell'autorità giudiziaria del luogo in cui lo straniero si trovi (2). (Art. 6 e 9 cod. pen.)

Finalmente ci sono dei casi nei quali lo straniero delinquente all'estero può trovare in Italia impunità completa e ciò avviene quando o il suo reato sia tanto lieve da non valere la pena di curarsene, o si tratti di reati per i quali non sia ammessa l'estradizione cioè di delitti politici o di reati che a questi siano connessi (3). In quest'ultimo caso su domanda od offerta di estradizione può soltanto essere ordinato l'arresto provvisorio dello straniero (art. 9).

(1) Relazione cit., pag. 63.

(2) Una raccolta delle convenzioni d'estradizione del Regno d'Italia è stata pubblicata dall'avv. **Emidio Puccioni,** Roma 1886. — Un'altra contenente i trattati tra tutte le nazioni civili da **J. Kirchner,** Parigi 1883.

(3) Le convenzioni speciali determinano poi più dettagliatamente i varî casi.

Ricerchiamo da ultimo se, dato che il delinquente forestiero sia già stato giudicato all'estero, il giudizio debba ripetersi in Italia. Emerge chiaramente dalle disposizioni del codice penale che il giudizio potrà ripetersi quando lo straniero o abbia commesso un reato nel territorio del regno, oppure all'estero uno di quei tali reati contemplati dall'art. 4 che offendono la vita dello Stato, per il quale sia stabilita una pena restrittiva della libertà personale, ma in quest'ultima ipotesi soltanto se si trovi nel regno. E tanto nell'un caso che nell'altro la ripetizione del giudizio è subordinata alla richiesta del Ministro della Giustizia (articolo 3 e 4).

Il giudizio invece non si ripete quando lo straniero abbia commesso un delitto qualunque diverso da quelli contemplati nell'art. 4, ed esso, dopo esser stato giudicato all'estero, sia stato definitivamente prosciolto dall'imputazione ovvero, se condannato, abbia scontato la pena o la condanna sia estinta (art. 9, 2.° cod. pen.)

§. 3.

Lo straniero nel diritto pubblico e amministrativo.

Del diritto di immigrazione e di residenza.

A nulla varrebbe che all'uomo fosse conceduto dovunque il godimento dei diritti civili quando poi non li potesse esercitare dove meglio gli pare e piace, vale a dire quando non gli fosse riconosciuta la facoltà di scegliere la propria residenza ove meglio gli aggrada. Ben dice il Fiore (1) che sono a considerarsi contro il diritto internazionale tutti i provvedimenti preventivi di qualsiasi natura che senza un motivo ragionevole di ordine pubblico impediscano agli stranieri di entrare liberamente, circolare e risiedere nello Stato. Eppure per tanto tempo i più futili pretesti ser-

(1) *Diritto internazionale pubblico*, Torino, 1879, vol. I sez. IV: crede inoltre che la facoltà del forestiero di stabilire la residenza in qualunqne parte dello Stato potrebbe essere seriamente compromessa esagerando il diritto che certamente si ha di obbligarlo ad una contribuzione personale quando voglia stabilirsi in paese.

virono a menomare il più prezioso dei diritti dell' uomo, quello di trasportare la propria persona da un luogo ad un altro; i cordoni militari, le visite vessatorie, i passaporti erano all' ordine del giorno senza contare gli arbitrari rifiuti dell' ammissione di individui stranieri nel territorio dello Stato. Oggi fortunatamente in questa materia la pratica internazionale s' è uniformata ai dettami della scienza e alle esigenze della vita sociale, oggi i popoli più esclusivisti del globo, quali la China ed il Giappone, hanno dovuto aprire i loro porti agli stranieri.

Ciò che si è detto del diritto d' immigrazione valga egualmente per quello di emigrazione che non può essere dallo Stato in alcun modo menomato essendo anch' esso un diritto naturale dell' uomo che lo Stato è obbligato di riconoscere (1).

Ma la stessa libertà di emigrazione e di immigrazione non basterebbe a garantire la piena attività delle facoltà dell' uomo, se si ammettesse nello Stato il diritto incondizionato d' espulsione degli stranieri, se cioè si negasse a questi ultimi quello che impropriamente chiamasi diritto d' incolato. Per vero si sostenne da taluni che la facoltà di non poter essere espulso dal territorio dello Stato in via amministrativa o di pubblica sicurezza sia un diritto *politico* riservato ai soli cittadini.

Certamente, si aggiunge, un governo forte a un tempo e liberale non farà che un uso moderatissimo ed eccezionale del diritto d'espulsione, ma il medesimo non potrebbe negarglisi senza sconvolgere tutti i principî di governo (2). Il diritto d' incolato, afferma il Bianchi, esce per sua natura dalla sfera ristretta del diritto privato riguardando a rapporti che passano tra private persone e il governo, e non già da privato a privato (3).

Questo parere è anche diviso dal Fiore (4) e dal Gianzana (5),

(1) La questione è però molto complessa avendo attinenza a molte materie specialmente di ordine economico ed amministrativo, ed ammettendo nell' uomo il diritto dell' emigrazione crediamo nello stesso tempo che lo Stato abbia il dovere di invigilarla e tutelarla allo scopo di prevenire gli abusi e gli inganni degli speculatori.

(2) Vedasi l' opera: *Codice civile del Regno d' Italia* confrontato con gli altri codici italiani ed esposto nelle fonti e nei motivi per Giacomo Astengo, vol. I, commento all' art. 11.

(3) **Francesco Bianchi,** Op. cit., vol. I, §. 221.

(4) **Fiore,** Op. cit., num. 289.

(5) **Gianzana,** Op. cit., vol. I, num. 82.

ma a noi non sembra assolutamente ammissibile: poichè se è vero che ogni uomo, unicamente per la sua qualità di uomo, può esercitare i diritti civili dove meglio gli aggrada, non vediamo come si possa conciliare questa sua facoltà col diritto nello Stato che lo accoglie di espellerlo quando il capriccio degli uomini che governano lo creda conveniente. Come si può chiamare diritto politico una facoltà che non è se non la garantia del godimento dei diritti civili senza la quale il vantato pareggiamento del forestiero col cittadino non sarebbe che una ridicola illusione?

Forsechè il forestiero che fissa nel regno la residenza per esercitarvi un commercio può contribuire in qualche modo a turbare l'indirizzo politico dello Stato? No certo, poichè è sempre privo dei diritti politici che soli potrebbero dargli modo di influire in un senso piuttosto che nell'altro sull'andamento della cosa pubblica. Egli non fa ancora parte della particolare società politica, bensì fa parte della universale società civile e come membro di essa non gli si può negare la libera esplicazione della propria attività dovunque il suo interesse o il suo piacere lo porti. E costringendolo arbitrariamente ad uscire dallo Stato si recherebbe alla sua libertà personale una tale restrizione che il diritto internazionale non può in alcun modo tollerare.

In quest'ordine d'idee conviene infatti la maggior parte degli scrittori dei nostri giorni i quali, pur accordando allo Stato il diritto d'espulsione degli stranieri, non lo ammettono che per cause gravi e con serie guarentigie di procedura.

Così il Bluntschli nel suo Diritto internazionale afferma che, se il diritto di rinvio si considerasse come un diritto illimitato dello Stato, i rapporti internazionali diverrebbero impossibili (1), e nel suo progetto di codice per le nazioni ci dà le regole seguenti:

α) Ciascuno Stato è autorizzato ad espellere per motivi di ordine pubblico gli stranieri che risiedono temporaneamente nel suo territorio. Se vi hanno stabilito un domicilio fisso, hanno diritto alla protezione delle leggi pel medesimo titolo che hanno i nazionali.

β) Quando lo Stato espelle lo straniero senza cause e con forme vessatorie, lo Stato di cui questo straniero è cittadino, ha

(1) **Bluntschli,** *Voelkerrecht*, III edizione §. 381. — *Le droit international codifié*, art. 383, 384.

diritto di reclamare e di domandare occorrendo una soddisfazione.

Il Bulmerincq (1) asserisce del pari che l'espulsione illimitata è contraria al diritto.

Il Bar (2) vuole che lo straniero non possa essere espulso se non che:

α) A cagione della sua condotta o della mancaza d'ogni mezzo d'esistenza.

β) O sotto l'impero d'una necessità politica, nel principio o nel corso d'una guerra, in occasione d'un ingrandimento territoriale.

L'Holtzendorff (3) ammette il diritto d'espulsione soltanto per ritorsione e rappresaglia.

Il Phineiro-Ferreira (4) è più esplicito di tutti nel negare allo Stato il diritto di espellere lo straniero che secondo lui è una flagrante violazione dei diritti imprescrittibili dell'uomo. « Non vi ha da essere nessuna differenza, esclama egli, tra lo straniero e il cittadino in quanto al godimento e all'esercizio dei diritti civili che non sono altra cosa che i tre diritti naturali della sicurezza, della libertà e della proprietà garantiti dalla legge del paese, poichè dove c'è identità di ragione ci dev'essere identità di disposizione.

Fra gli scrittori nostrani che si dichiarano contrarî al diritto illimitato d'espulsione dobbiamo notare:

Il Cipelli (5), il quale, commentando la nostra precedente legislazione, dopo aver dimostrato che la presenza è necessaria per l'esercizio di molti diritti ed è per sè stessa un diritto, opina che il sistema liberale del codice nostro cadrebbe in gran parte se si interpretasse nel senso che l'autorità pubblica potesse vietare appunto la presenza dello straniero nel territorio.

Il Bianchi (Ferdinando) sostiene che il diritto d'incolato non è d'indole politica o mista ma realmente civile e deve quindi essere accordato anche agli stranieri (6).

(1) *Handbuch des öffentlichen Rechts*, II, 2, pag. 240.

(2) **L. Von Bar**, *L'expulsion des étrangers* (Journal du droit international privé, 1886, pag. 1 e seg.)

(3) *Rechtslexicon*, III ediz., I, pag. 215.

(4) Note al § 100 di Vattel e al § 84 di Martens.

(5) **Cipelli**, *La Legge 1875*, parte III, pag. 247 e seg.

(6) Un quesito sull'art. 3 cod. civ. Siena, 1881.

Il Laghi (1) sostiene pure che il diritto di soggiorno è un vero e proprio diritto privato e civile che egli fa derivare dalla libertà di emigrazione e di immigrazione.

In ordine al medesimo argomento sono state formulate dalla VIII^a^ commissione dell' Istituto di diritto internazionale nel 1888 (2) le seguenti conclusioni:

I. In quanto al diritto di non ammissione o d' espulsione:

α) Nessuno Stato può interdire in modo assoluto a tutti gli stranieri l' accesso del suo territorio nè espellere in massa quelli che vi si trovano.

β) In assenza di stato di guerra l' espulsione in massa non si giustifica che a titolo di rappresaglia, e in guerra solo nella misura richiesta per necessità di difesa.

γ) Il diritto d' espulsione e il modo d' esercizio possono essere regolati da trattati internazionali.

δ) Anche in assenza di trattati lo Stato a cui appartiene l' espulso ha diritto di conoscere i motivi dell' espulsione.

II. Quanto alle condizioni cui può essere subordinata l' ammissione o residenza degli stranieri, queste non possono avere per effetto di privare gli stranieri della protezione generale che lo Stato sul quale si trovano accorda alla persona e ai beni dei suoi propri soggetti.

Il diritto positivo italiano non disconosce questi canoni di giustizia internazionale. Infatti la nostra legge di Pubblica Sicurezza del 23 Dicembre 1888 enumera tassativamente i casi nei quali lo straniero può essere espulso e ciò avviene:

I. Quando sia stato condannato per delitto ed abbia scontata la pena; disposizione questa troppo giusta poichè lo straniero che si trova in tali condizioni costituisce sempre un pericolo per lo Stato che lo ospita e scema verso di lui la presunzione di onestà e di innocuità che può farne permettere la presenza nel territorio nazionale.

II. Quando il ministro dell' interno lo ordini per motivi d' ordine pubblico (art. 90).

Questa dizione esclude un arbitrio assoluto per parte del Go-

(1) Op. cit., § 292, pag. 282 e seg.

(2) Il rapporto è del sig. Rolin-Jacquemyns.

verno e solo gli concede l'espulsione dello straniero (tanto di passaggio che residente) quando la sua presenza minacci di riuscire pericolosa all'ordine e alla tranquillità dello Stato. Tale disposizione non è però applicabile agli Italiani non regnicoli.

III. Il terzo caso riguarda soltanto le provincie di confine i cui Prefetti possono respingere dalla frontiera quegli stranieri che non sappiano dar contezza di sè o siano sprovveduti di mezzi di sussistenza, come pure possono espellere, in casi d'urgenza, anche coloro il cui allontanamento è, in via ordinaria, decretato dal ministro dell'interno (art. 92).

Lo straniero espulso non può poi rientrare che con una speciale autorizzazione ministeriale (art. 91).

Alcune necessità della vita amministrativa portano ancora qualche limitazione alla capacità giuridica dello straniero.

Così chi è privo della naturalità italiana non potrà essere inscritto nelle liste elettorali amministrative a meno che non appartenga ad una provincia di nazionalità italiana quantunque sotto la dipendenza politica di uno Stato diverso (1). A dir vero non sembra a nostro avviso, che questa disposizione legislativa possa giustificarsi di fronte ai principi: poichè, lasciando pure l'indeterminatezza della dizione *cittadini delle altre provincie italiane* con la quale bisogna ammettere che si vogliano comprendere tutti i nativi di quelle regioni che geograficamente appartengono all'Italia e dove si parla lingua italiana, resta ancora a vedersi se sia giusto e conveniente che un abitante ad esempio, di Orsières, a poca distanza dal confine italiano entro il quale possiede forse dei beni e degli interessi rilevanti, non possa prender parte all'amministrazione di questi mentre lo può fare un nativo dell'isola di Malta. Delle due l'una: o si dovevano ammettere all'elettorato amministrativo gli stranieri domiciliati nel regno, e questa sarebbe forse stata la cosa migliore, poichè dal momento che si permette ad uno straniero di ereditare e di possedere beni mobili ed immobili nello Stato, non sappiamo vedere perchè egli non possa poi concorrere col suo voto al trionfo di quei criterii amministrativi che gli sembrano migliori. Egli paga su questi beni le tasse come il nazionale ed ha lo stesso interesse di lui che la gestione del

(1) Legge comunale e provinciale 11 Febbraio 1889 art. 19.

patrimonio comunale proceda ordinata e tranquilla. Il vincolo politico qui non c'entra per nulla, e mentre è perfettamente logico che lo straniero non possa col suo voto politico influire in favore di uno piuttosto che di un altro indirizzo di uno Stato che non è il suo, non si comprende del pari come debba restare del tutto indifferente all'amministrazione e alla tutela delle proprie sostanze. Oppure, se non si voleva spingere il liberalismo fino a questo punto, si doveva negare il voto amministrativo a tutti indistintamente i non regnicoli, a tutti quelli cioè che non sono compresi nel vincolo d'unione dello Stato italiano. Ma questa figura sui generis di stranieri-italiani i quali godono da noi del voto amministrativo e non del politico è un non senso giuridico e non riusciamo nemmeno a vederne la politica utilità.

È naturale, come già abbiamo osservato, che il forestiero non possa fruire del voto politico, e siccome da noi questo requisito è necessario per essere iscritti nelle liste dei giurati (1), così non potrà neanche coprire un tale ufficio che riveste carattere pubblico.

Abbiamo veduto come gli stranieri possano liberamente adire i nostri tribunali; ora aggiungiamo che quando si trovino nelle volute condizioni (cioè in istato di povertà e con probabilità nell'esito favorevole della causa) sono ammissibili al beneficio del gratuito patrocinio (2).

Non è invece permesso agli stranieri l'esercizio di certe professioni liberali. Ad esempio i soli cittadini dello Stato possono essere inscritti nell'albo dei procuratori presso una Corte o un Tribunale (3) e per l'inscrizione nell'albo degli avvocati è necessaria la laurea in giurisprudenza data o confermata in un'Università del Regno (4). Al proposito della quale ultima disposizione non possiamo tacere che sarebbe desiderabile che un accordo internazionale rendesse le lauree e i gradi accademici acquistati in uno Stato efficaci del pari anche negli altri. Che cosa c'è di più cosmopolita della scienza? E perchè una nazione — parliamo almeno di nazioni civili — dovrebbe diffidare delle dottrine professate dalle altre?

(1) Legge sull'ordinamento giudiziario art. 84.

(2) R. D. regolante il gratuito patrocinio 6 Dicembre 1865 art. 8 modificato con legge 19 Luglio 1880.

(3) Legge per l'esercizio delle professioni di avvocato e procuratore Giugno 14 art. 39 .

(4) Idem art 8.

CONCLUSIONE.

Eccoci ora alla fine del nostro assunto. Noi abbiamo percorso tutti i successivi gradi di sviluppo del pensiero scientifico riguardo al modo di considerare i diritti degli stranieri e abbiamo veduto come da una assoluta ignoranza di questi diritti si sia arrivati, con moto lento ed oscillante ma pur sempre progressivo, ad affermare la necessità del loro completo riconoscimento. Ma questo cammino del pensiero scientifico non si è compiuto senza difficoltà nè senza lotta; alle volte fu provocato dalle circostanze esteriori, ad esempio dalla necessità di concedere ai forestieri alcuni diritti senza dei quali non si sarebbero potute intrattenere relazioni commerciali tra popolo e popolo, più spesso invece fu avversato dalle consuetudini e dai pregiudizi contro lo straniero che ogni età storica tramandava alla successiva. Pur tuttavia il principio liberale dell' uguaglianza giuridica tra i forestieri e i cittadini riuscì a vincere ogni ostacolo e a conquistare gradatamente le menti dell' universale e questo fatto, a parer nostro, più ancora di qualunque dimostrazione filosofica, forma la più bella prova della sua verità. Poichè se vero e buono intrinsecamente non fosse stato, non sarebbe riuscito a vincere le numerose obiezioni mossegli in nome dell' interesse nazionale, avrebbe avuto la sorte di molte altre teorie scientifiche che vivono un certo tempo d'una vita stentata e poi muoiono vinte da altre più vigorose e più sane, perchè anche nel mondo intellettuale ha luogo il fenomeno che vediamo giornalmente compiersi nel mondo fisico: la lotta per l'esistenza, e come nel mondo fisico trionfa il più forte, nel modo morale trionfa il più vero; il falso, per un processo lento ma costante di eliminazione, è destinato a sparire.

Ora se il principio dell'assimilazione dello straniero al cittadino nel godimento del diritto civile, una volta comparso nel campo scientifico, è riuscito in breve a conquistarlo tutto e a vincere ogni opposizione e resistenza, vuol proprio dire che esso si fonda sulla natura umana e che risponde a un bisogno dell'animo universalmente sentito.

Senonchè abbiamo già sopra osservato come il pensiero scientifico, nel tradursi in canoni legislativi, venga spesso a subire profonde modificazioni ed abbiamo nel fatto veduto come la maggior parte delle legislazioni moderne s' allontani più o meno dall' ideale vagheggiato dalla scienza. Ma possiamo almeno sperare che in un

avvenire più o meno prossimo la legislazione si metta d'accordo con la scienza inscrivendo i suoi principî nei codici civili e munendoli di sanzione positiva?

Non esitiamo a rispondere affermativamente. È ben vero che molte difficoltà sono ancora da superare, molti errori da vincere, molti pregiudizi da distruggere, pur tuttavia possiamo osservare anche nelle leggi dei popoli un certo progresso nel senso che le ultime sono in generale più liberali di quelle che cronologicamente le precedettero; se poi molte di esse sono ancora lontane da quello che si può desiderare, lo si deve a parecchie cause transeunti e mutabili di loro natura quali ad esempio le condizioni politiche ed economiche in mezzo alle quali la legge è stata emanata, le condizioni intellettuali del popolo, le sue relazioni politiche con altri popoli, le leggi o i costumi preesistenti, il pericolo che gli stranieri possano eventualmente compromettere la sicurezza dello Stato, la forma dispotica di governi i quali non rispettando nemmeno i diritti dei cittadini tanto meno rispettano quelli dei forestieri e via dicendo (1), ma tutte queste cagioni, lo ripetiamo, sono per loro natura accidentali e passeggere. Quello che resta di costante è il bisogno sempre più universalmente sentito di disfarsi di tutti gli impacci che limitano la libera estrinsecazione delle attività dell'uomo, di abbattere le ultime barriere che ancora dividono popolo da popolo e di sostituire all'antico stato di isolamento e di mutua diffidenza una società fondata sulla solidarietà e sulla fratellanza. E questa necessità dei tempi nuovi non durerà a lungo senza essere soddisfatta; il nostro legislatore ha già contribuito per parte sua a facilitare questo soddisfacimento, il legislatore belga sta per fare altrettanto e gli altri non tarderanno a seguire il nobile esempio. Allora solo quando le divisioni politiche degli Stati non porteranno più alcuna restrizione alla libertà degli individui potrà dirsi raggiunto quel vero cosmopolitismo vagheggiato dai filosofi greci e romani, allora solo l'uomo in qualunque parte della terra veda i natali potrà a buon diritto chiamarsi cittadino del mondo.

S. Gemma.

---

(1) **Emerico Amari** nel suo bel libro non abbastanza apprezzato: *Critica d'una scienza delle legislazioni comparate* (Genova 1857 Cap. V.) divide le circostanze modificatrici delle leggi in *rapporti fattori di luogo e di tempo* e dice che, secondo che mutano questi rapporti, deve mutare non già la norma suprema del giusto astratto ma le condizioni pratiche della sua attuazione.

RIVISTA

DI GIURISPRUDENZA PENALE

XXIII.

Se possa darsi complicità nei reati colposi.

La Suprema Corte di Roma, relatore Antonucci, con decisione del 7 Aprile 1892 in causa Moschitello (La Cassazione Unica, III, 797) respingeva il ricorso del Pubblico Ministero, ritenendo che la sentenza denunciata reggesse per considerazioni di fatto, ma criticava esplicitamente un principio di diritto a cui avevano accennato i giudici di merito. Questi avevano invocata la regola, che nella dottrina fu sostenuta eloquentemente da Francesco Carrara e che non incontra, si può dire, oppositori, non potersi dare complicità nei fatti colposi. La Corte Romana così si esprime: « Attesochè sul proposto ricorso si osserva, chè comunque la Corte di merito abbia nelle sue considerazioni accennato ad un principio di diritto, pure non ha fatto altro che confermare la sentenza del Tribunale, che dichiarava non farsi luogo a procedimento penale contro il Moschitello, per non essersi trovato presente all'avvenimento. Ora il Supremo Collegio può non approvare il principio troppo assoluto, che si è affermato dalla Corte, di non esservi mai complicità nei fatti colposi, essendo ciò in opposizione con l'art. 60 del cod. pen., ma non può nella specie accogliere il ricorso del Pubblico Ministero, poichè è il medesimo diretto contro una sentenza per la quale non poteva egli ricorrere in Cassazione ».

È evidente che la Corte Suprema poteva dispensarsi dall'affermare una massima che non era necessario di invocare per dare la ragione del pronunciato; se ha creduto invece di farlo, è duopo concludere che si è voluto cogliere l'occasione per dettare un insegna-

mento alle magistrature inferiori. Ecco perchè sebbene si tratti di un argomento che venne toccato solo per incidenza, vale la pena che lo studioso se ne occupi. Esaminando il motivo addotto per affermare la possibilità della complicità nei fatti colposi, e cioè che l'art. 60 del Codice penale contraddice apertamente alla teorica che ha trovato plauso nella scienza, è agevole il convincersi che è assolutamente sbagliato. L'art. 60, lungi dal giovare alla tesi della Corte Regolatrice, piuttosto la contraddice. In primo luogo l'art. 60 parla soltanto delle contravvenzioni, e la questione non è se nelle contravvenzioni possa esistere complicità, nel che la maggior parte degli scrittori consente, ma se complicità possa darsi nei delitti colposi. Contravvenzione e delitto colposo non sono termini che si equivalgono ma, che si escludono a vicenda; un principio, perchè vale per le contravvenzioni, non è perciò solo applicabile ai delitti colposi. Nella contravvenzione si punisce il fatto volontario, che la legge proibisce perchè cagione di un pericolo per la società; nel delitto colposo si punisce il fatto attribuibile alla negligenza dell'autore, che è stato cagione di un danno non preveduto ma prevedibile.

Se tale è la differenza che passa tra i due enti giuridici, delitto colposo, e contravvenzione; bisogna concludere che la Corte invocando, come argomento perentorio e decisivo, l'art. 60 del cod. pen. è incorsa in una strana confusione di idee; in cui la indusse probabilmente il Procuratore generale della Corte d'Appello di Trani, il quale nel suo gravame sosteneva la violazione degli art. 60, 481, e 375 c. p. « non essendo esatto, a suo avviso, quanto fu affermato dalla Corte, che nei fatti colposi non possa mai ravvisarsi complicità, poichè ai termini degli art. 60, 63 cod. pen. tanto pei delitti che pelle contravvenzioni, può esservi la complicità, e tutti coloro che ci sono concorsi, debbono rispondere della loro partecipazione, la quale può essere morale per quelli che diedero la prima spinta, e furono la causa prima del reato, ovvero materiale per i cooperatori immediati ed esecutori ».

Ma se l'argomento della Corte è erroneo, non per questo la questione può dirsi risoluta potendo esistere altri argomenti in favore della tesi che ammette la complicità nei delitti colposi. E devono esistere se pure vediamo altri autorevoli pronunciati che ammisero la possibilità della complicità. Così la Corte di Cassazione di Parigi, ebbe a decidere nel 8 settembre 1831 che non implica contraddizione il dichiarare l'imputato complice per promesse, minaccie, istruzioni, aiuto od assistenza dell'imprudenza e della negligenza che ha cagionato un omicidio involontario.

La ragione per cui si nega la complicità sta essenzialmente in ciò che nel delitto colposo fa difetto l' elemento della volontarietà, e per conseguenza se l' autore del fatto non lo ha voluto, non può nemmeno ammettersi, che più persone siensi accordate nel volerlo. A questo ragionamento semplicissimo si è tentato di obbiettare che se pure non si vollero gli effetti del proprio operato, si volle però commettere il fatto imprudente, cosicchè ben può darsi che più persone si siano accordate nel volere l' esecuzione di questo fatto imprudente; onde giustizia vuole che ad esse tutte si applichino le norme che regolano il concorso di più persone in uno stesso reato. La risposta è agevole, e la redazione della Cassazione Unica (Volume 3.° 768) la ha ottimamente riassunta coll' osservare che la colpa si incrimina allora solo che fu cagione di danno; ora se il danno avvenuto è il solo elemento che eleva a delitto il fatto immorale della imprudenza, della negligenza ecc.... evidentemente ne segue, che nei reati colposi, perché potesse esservi complicità, sarebbe necessario, che l' accordo delle due volontà criminose fosse versato, non intorno alla volontarietà del fatto imprudente, ma intorno alla volontarietà del danno recato. Ed in tal caso la colpa sparirebbe, per dar luogo al dolo »

Nè si dica che uno stesso fatto colposo può ascriversi all' opera di piú persone, e che sarebbe immorale ed assurdo, il volerne punita una sola fra tutte; giacchè è verissimo che più individui possono uniti commettere un fatto colposo, ma siccome non li lega, appunto perchè si tratta di fatto colposo, una sola volontà, la mancanza di un nesso, fa sì, che tutti si abbiano a considerare come autori materiali del fatto medesimo.

Il Burri offre di questa ipotesi vari esempi. Così se due bambinaje abbandonano i fanciulli loro affidati, in riva al fiume, e questi cadendovi si annegano, entrambe risponderanno di omicidio colposo. Così se due cocchieri, l' uno perchè ubbriaco, l' altro perchè troppo audace volessero oltrepassarsi e da un incontro i viaggiatori rimanessero feriti, entrambi saranno responsabili di lesione colposa.

Il Carrara imagina un caso, in cui l' autore non fece che consigliare il fatto che cagionò il danno. Un cuoco trova una carta contenente arsenico, lo crede sale, ma per prudenza si astiene dall' adoprarlo. Sopraggiunge un terzo che ne deride la prudenza, e gli dice: non vedi che è sale? Il cuoco adopera l' arsenico ed il veneficio colposo viene consumato. Responsabile di esso è il terzo e non il cuoco, poichè è alla sua negligenza che l' esito letale si deve attribuire. A

mio avviso invece non vi sarebbe alcuna difficoltà a ritenere responsabile tanto il cuoco, quanto il terzo, il terzo per aver dato imprudentemente il consiglio, il cuoco per averlo imprudentemente seguito.

Similmente è a dirsi nel caso imaginato da Haus (Diritto pen., vol. 1.°, § 457), il quale vuole che l'individuo che ha dato in prestito un fucile, sapendo che doveva essere adoperato in luogo pubblico, o che ha spinto dei giovanetti a preparare dei fuochi d'artificio, che hanno sparato in prossimità di case, coperte da stoppia, non possa essere punito come complice dell'incendio, o dell'omicidio involontario, provenienti da questi fatti. A mio modo di vedere invece nulla vieta che si affermi la responsabilità, anche di chi prestò il fucile, o di chi istigò a sparare i fuochi d'artificio, tutte le volte che il giudice sia convinto, che il prestito dell'arma, e la istigazione allo sparo dei mortaretti, furono imprudentemente fatti.

Il Carrara, che ha con la consueta sua profondità di vedute, svolta la questione nel suo grado nella forza fisica del delitto (§. 232) imagina altre tre ipotesi possibili, ed in tutte esclude che possa ravvisarsi complicità.

La prima si verifica quando si ha un principale non imputabile ed un accessorio colposo. Quest'ultimo non è in relazione psicologica, nè coll'autore, nè con alcuno degli atti di esecuzione.

Nella seconda si ha un principale colposo ed un accessorio doloso. Quest'ultimo risponde come imputabile di fatto doloso, mentre il primo deve ritenersi responsabile di delitto colposo. Ad esempio, dice Burri, se un tale chiama un chirurgo inesperto per fare una operazione pericolosissima, nella speranza di vedere soccombere il malato, il chirurgo sarà colpevole d'imprudenza, e d'inesperienza, mentre chi lo chiamò dovrebbe rispondere di un fatto doloso.

La stessa soluzione, e cioè che ciascuno risponde singolarmente del fatto, si deve dare quando si abbia un principale doloso, ed un accessorio colposo.

Quello che si dice dei reati colposi non si applica alle contravvenzioni. In esse, non è già che debba far difetto l'elemento intenzionale, è che non occorre ricercarlo. La differenza è enorme; ne consegue che se è provato che una contravvenzione fu da vari voluta commettere, tutti dovranno rispondere. Il che risulta anche dalla lettera della legge che parla di concorso in un reato, e non in un delitto, e dall'art. 45 che dice non necessaria la dimostrazione di aver voluto commettere un fatto contrario alla legge, ma non ne esclude la possibilità.

E che la legge abbia voluto applicabile la complicità, anche alle contravvenzioni, mentre invece non volle che si ammettesse il tentativo nelle contravvenzioni, risulta dal confronto con l'art. 65, in cui parlando del tentativo, si usa la parola delitto, invece di quella reato. Ed è giusta la differenza, tra la complicità ed il tentativo, poichè nel secondo caso, il pericolo sociale che giustifica la punibilità delle contravvenzioni, non si è verificato.

Il solo argomento possibile, che cioè le contravvenzioni sono di così poca importanza da non meritare che ad esse si applichi la teoria della complicità è resistito dal fatto che vi hanno contravvenzioni che grandemente interessano l'ordine pubblico, la pubblica igiene, e via dicendo.

Credo pertanto di poter concludere che trattando del concorso di più persone in uno stesso reato, è erroneo confondere i delitti colposi colle contravvenzioni. Nei delitti colposi per la contraddizione che nol consente il concorso non può aver luogo. Se il fatto è da ascriversi a più persone, ognuna di esse risponde singolarmente come autrice del fatto stesso. Nelle contravvenzioni invece, nè la lettera, nè lo spirito della legge, formano ostacolo alla applicazione della teorica della complicità.

Costantino Castori.

BIBLIOGRAFIA

1. *Manuale di Storia del Diritto Italiano* per **Francesco Schupfer.** — *Le Fonti. Leggi e Scienza.* — Città di Castello, Lapi, 1892; pp. VIII-491.

Che gli studî sulla storia giuridica italiana, notevolmente progrediti fra noi in quest' ultimo trentennio, abbiano raggiunto ormai tal grado di sviluppo, da richiedere un nuovo lavoro d' insieme, d' indole generale e didattica, per raccogliere in una larga sintesi, razionale e metodica, i frutti della parziale indagine analitica e metter ordine ai numerosi lavori minuti e disgregati, lo prova il fatto che quasi contemporaneamente tre professori universitarî — d' ingegno, d' attitudini, di età diversi — si sono trovati concordi nello stesso pensiero di por mano a quest' opera sintetica, dove la gran mole dei particolari debba prendere il suo luogo in un generale disegno di storia giuridica, e, a brevissima distanza di tempo l' uno dall' altro, hanno pubblicato tre Manuali di storia del diritto italiano, che possono servir di guida agli studenti delle nostre scuole legali e insieme giovare alla cultura del paese.

Dei primi due, pubblicati dal Salvioli e dal Calisse nel 1890 e '91, ho già discorso alquanto distesamente in questo stesso periodico (1); sul terzo, uscito alla luce soltanto da pochi mesi (2), mi propongo richiamar oggi l' attenzione degli studiosi.

Ne è autore il prof. Francesco Schupfer dell' università di Roma; e mi pare che basti aver detto ciò, per far intendere subito quale dovrà essere il mio giudizio. Infatti, chi, fra i cultori della giurisprudenza, non conosce lo Schupfer

(1) Cfr. *Archivio Giuridico*, vol. XLV, fasc. 1-2-3, pp. 273-280; vol. XLVIII, fasc. 6, pp. 567-585.

— Nella mia recensione sul libro del prof. Calisse proponevo di far sosta coi Manuali di Storia del Diritto, temendo volgari raffazzonamenti e sconce compilazioni. Ignoravo che anche lo Schupfer stava per mandarne fuori uno; del che mi sarei fin d' allora rallegrato e compiaciuto, perchè pochi hanno al pari di lui, abile e provetto insegnante, le qualità richieste a compilare un buon libro scolastico. Ma ora basta davvero.

(2) Il libro fu dedicato « a Filippo Serafini nel XXXV anno del suo insegnamento » (Giugno 1892).

e non ne apprezza l'opera benemerita di maestro e di scienziato? Egli è, senza dubbio, uno dei più provetti e stimati nostri insegnanti; e dalla sua scuola è uscita in questi ultimi anni una schiera di valorosi giovani, che, dopo aver imparato da lui l'amore alle discipline storico-giuridiche, le coltivano anch'essi con lodevole operosità. D'altra parte, i numerosi suoi scritti, spesso originali, sempre notevoli, — a cominciare da quello sugli ordini sociali e il possesso fondiario presso i Longobardi, venuto in luce nel 1861 — gli hanno procacciato già da lungo tempo meritata reputazione in Italia e fuori (1). Lo Schupfer può dirsi dunque un veterano della scienza e del lavoro: un veterano pei lunghi ed onorati servigi; ma ancora giovane di animo, di fede, di forze. Per convincersene, basta leggere quest'ultimo suo libro, superiore agli altri consimili, non solamente per più sicura padronanza della materia, per maggior copia di dottrina e larghezza di concetti, ma anche per brio e vivacità di esposizione.

Mente lucida e sintetica; ingegno pronto ed arguto; scrittore, se non sempre elegante (2), sempre colorito, spigliato, efficace; lo Schupfer ha saputo ottenere, a parer mio, un fine a cui tutti gli scrittori mirano, ma a cui pochi giungono: quello cioè di farsi leggere senza essere superficiale e d'istruire senza noia; è riuscito a comporre un libro serio ed attraente, nel quale, pur obbedendo ai bisogni della scuola e pur tenendosi all'altezza della scienza, soddisfa anche alle esigenze dell'arte, oggidì troppo spesso trascurate. Io l'ho letto e riletto con molto piacere e con molto profitto; e aggiungo che qualche giovane a cui l'ho consigliato n'è rimasto entusiasta.

Ma si avverta. Più che un vero e proprio Manuale, l'autore ha voluto darci un corso delle sue lezioni. Egli, pertanto, non porge sempre minute indicazioni o notizie secondarie su tutte le parti, non segue scrupolosamente certe norme rigorose, non mantiene sempre le giuste proporzioni; ma regola piuttosto la misura della esposizione secondo l'importanza o l'interesse che agli occhi suoi hanno gli argomenti, e si compiace trattenersi a lungo — talvolta forse di soverchio — su ciò che gli sembra caratteristico nella evoluzione storica del diritto, in quanto abbia lasciato di sè qualche traccia profonda, o spinto innanzi la cultura, o dato un nuovo impulso allo spirito umano. Lo Schupfer cerca, più che altro, di cogliere lo spirito delle leggi, il carattere delle istituzioni, il segreto e l'entità delle riforme, il processo evolutivo dei fatti giuridici o sociali; e distinguendo, con retto criterio, quelli che sono principali, dagli altri, che sono

(1) Il lettore, vegga, per esempio, le lusinghiere parole, che sul nostro autore scriveva, fino dal 1868, Giulio Ficker nella Introduzione alle sue *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*.

(2) Lo Schupfer ha un modo di concepire e di scrivere tutto suo particolare, che dà forma originale ai suoi libri; ma a me, dico il vero, non piacciono certe espressioni, che in essi ricorrono troppo frequentemente, come: « certo è », « chiaro è », « quant'è », « a ben guardare », « se più vuolsi », e altre simili, che il Boncompagno, *magnus magister in grammatica* e *solemnis dictator*, diceva provenire « *ex insufficientia litteraturae* » ed essere « *contra decorem eloquentiae* » (*Rhetorica Novissima*, IV, 2: *de illis qui subsidiariis dictionibus abutuntur*). — Sarebbe pedanteria rilevare anche i costrutti e i modi di dire non eleganti o non del tutto scevri di mende, che qua e là s'incontrano nel Manuale.

soltanto secondarî, vede il legame che passa tra loro, e lo fa vedere al lettore. Ne è resultata una pittura fedele e attraente del vero svolgimento storico complessivo del diritto. Talvolta sorvola sopra materie che in un vero manuale delle fonti non si dovrebbero omettere (1); tal'altra, invece, non si contenta nemmeno di riferire sommariamente i resultati sicuri o probabili della scienza (come in un lavoro scolastico suol farsi), ma espone con grande ampiezza di particolari le controversie, entra in discussione con gli autori, e aggiunge perfino argomenti nuovi a sostegno della tesi da lui accettata; si che alcuni paragrafi prendono addirittura la forma di vere monografie, come, ad esempio, quello sulla legge romana udinese (pp. 34-41) (2), e l'altro sui codici marittimi dell'Italia meridionale (pp. 309-324) (3).

(1) Ad alcuni lettori, per esempio, potrà sembrare forse alquanto manchevole la parte concernente le leggi barbariche o popolari (codici gentilizî), dove sono presi in particolare esame soltanto la *Lex Salica* e l'*Edictus Langobardorum*. La omissione si fa più sensibile riguardo alla *Lex Wisigothorum*, sia per la sua importanza intrinseca, sia per le corrispondenze e relazioni fra l'editto di Rotari e le antiche costituzioni visigotiche, che lo Zeumer, il Brunner e più particolarmente il nostro Tamassia hanno posto in luce, e sulle quali era opportuno fermarsi.

(2) Non posso a meno di avvertire che il prudente e lodevolissimo riserbo tenuto dall'A. nelle questioni sulle quali non è ancora pieno accordo fra gli studiosi, si manifesta anche a proposito della legge romana udinese. Mentre, infatti, molti altri dànno ormai come risoluto a favore dell'Italia il problema circa al luogo d'origine, lo Schupfer, invece, cui veramente spetta il merito di aver ridestato la controversia e di aver, con forti argomenti, opposto una nuova teoria a quella che prima teneva il campo, scrive: « Del resto questo compendio del Breviario ha fatto luogo ad una larga discussione, che può dirsi ancora aperta ».

(3) Particolarmente nelle pagine relative agli Ordinamenti marittimi di Trani sono molte nuove e acute osservazioni. Lo Schupfer sostiene e convalida la data del 1063, che è quella indicata nel proemio dello Statuto stesso, e che fu accolta già da molti, ma dai più confutata. Dichiaro senza reticenze che gli argomenti aggiunti ora da lui mi hanno del tutto convinto. Mi permetto, anzi, di richiamare la sua attenzione sopra un documento, che illumina un punto speciale della controversia e confermerebbe sempre meglio l'epoca del testo giuridico, dalle sue argomentazioni resa già più che probabile. Com'è noto, una difficoltà per accettare l'anno 1063 è che vi si trovano ricordati i *consules civitatis Trani* e anche i *consoli del mare (consoli in arte de mare, consules de mari)*, perchè « sarebbe questo il primo esempio documentato di una istituzione che doveva estendersi poi così largamente ». Ora il Kap-herr, nel suo recente scritto intitolato: *Bajulus*, *Podestà*, *Consules* (inserito nella *Deut. Zeitsch. f. Geschichtswissenschaft* del Quidde), cita un documento di Siponto, e precisamente del medesimo anno 1063, nel quale sono pure menzionati i *consules civitatis*. « Il documento, dice il Kap-herr, è senza alcun dubbio genuino; le date sono corrette; l'arcivescovo Girardus, del quale si fa parola, si può constatare da altre carte contemporanee; gli errori grammaticali del testo corrispondono perfettamente agli errori che s'incontrano nei documenti delle città greche del mezzogiorno ». Ebbene, per quanto i *consules civitatis Sipontinae* non siano, come quelli di Trani, indicati anche col nome di *consules de mari*, per quanto non si sappia se i consoli di Siponto e di Trani fossero eletti dal Comune o non piuttosto dagli uomini di mare e di commercio della città, e per quanto, finalmente, non si possano accettare senza le più ampie riserve le conclusioni del Kap-herr circa il passaggio del consolato bizantino del mare al consolato cittadino dell'alta e media Italia, mi sembra tuttavia interessante la coincidenza di quelle espressioni nei due documenti, che sono dello stesso anno e appartengono alla stessa regione.

Noi dobbiamo all'intendimento che ebbe l'autore di raccogliere la parola viva delle lezioni, se la sua esposizione, piuttosto che arida notizia di fatti, sia riuscita invece un racconto animato e colorito, che ha tutti i pregi della storia e le attrattive dei libri di amena letteratura. Certamente v'ha nel metodo da lui seguito qualcosa di soggettivo e di arbitrario, che non tutti vorranno forse approvare; però tutti dovranno riconoscere che in quest'arte di scegliere la materia e di raggrupparla ordinatamente, in guisa che i fatti e le istituzioni ottengano il luogo proprio secondo il loro grado d'importanza e scambievolmente si diano risalto, per farne uscire compiuti i concetti fondamentali della storia giuridica italiana, egli si mostra maestro; come è maestro nel dare forma attraente anche alle cose astruse o noiose, e aspetto di novità a quelle ormai da lungo tempo entrate nel dominio pubblico. Ed invero, per quanto ogni pagina del volume sia frutto di lunga e seria meditazione, e attesti maturo esame delle fonti, ben s'intende come il più, anzichè resultato delle proprie indagini individuali, debba essere naturalmente riassunto o processo critico dell'altrui lavoro, ricostruzione amorosa della molteplice opera analitica di molti e molti scrittori. Ebbene; lo Schupfer, tanto si immedesima con le cose studiate, tanto fa proprie le idee e le cognizioni apprese; riesce insomma a dare tale unità di disegno, tale euritmia di forma e tale impronta personale a tutto il volume, che ci par di leggere un libro addirittura nuovo ed originale (1). In conclusione; può darsi che in qualche particolare, come pure nella eleganza della forma e nel maneggio della lingua, lo Schupfer sia vinto da questo o da quello, ma è certo che egli riesce meglio d'ogni altro ad impadronirsi dell'animo del lettore. Egli lo tien sempre desto con la vivacità della frase, con l'ardore che pone nelle controversie, con l'affetto che sente per la sua disciplina, con l'arguzia, con le geniali e opportune osservazioni. Deve spiegare, per esempio, come le scuole medievali sorgessero per iniziativa privata? Gli vien spontaneo il confronto: « Eravamo ancora molto lungi dai tempi odierni, in cui tutto si suole attendere dal governo, e di tutto lo si rende responsabile ». Ricordando la lettera di uno scolaro forestiero a Pavia, aggiunge: « Lo scolaro, manco a dirlo, si rivolgeva al piissimo zio per quattrini ». Quando gli capita di esporre la lotta fra il diritto romano e il diritto canonico, non si lascia sfuggire l'occasione di dire ciò che pensa sulla Chiesa e sul Papato anche ai giorni nostri. Le Decretali dei Pontefici emanate nel secolo XV gli offrono il destro di esprimere un giudizio intorno a Lutero e alla Riforma. Nè sono questi i soli esempi che potrei citare, sia nelle considerazioni generali sopra ciascuna epoca, sia nel corso del racconto. Anzi, se non m'inganno, è questo procedimento — senza dubbio il più proprio a destare l'attenzione di chi legge — quello che più predilige il nostro autore.

(1) Siccome appunto si tratta di un'opera sintetica, mi paiono superflue certe frasi e certe avvertenze che l'autore aggiunge qua e là alla sua esposizione, per dichiarare che « ciò fu avvertito da altri » (pag 84); che « l'osservazione è dello Sclopis » (pp. 134 e 195); e simili.

*
* *

Procurerò ora di riassumere fedelmente, per sommi capi, il contenuto del libro.

L'autore entra subito in materia, senza prefazione e senza avvertenza (1); onde si rimane in dubbio se questo volume debba restare così a sè, isolato, o se invece sarà seguito poi da altri, che trattino del diritto pubblico e diritto privato, in modo da formare un'opera completa (2).

Questo volume, intanto, consacrato alle fonti, vale a dire alle leggi e alla scienza giuridica, consta di tre libri, che corrispondono alle tre epoche, nelle quali lo Schupfer divide tutta la storia del diritto italiano, cioè: *epoca germanica* (dalle invasioni barbariche allo stabilirsi dei Comuni); *epoca neo-latina* (dai Comuni fino all'anno 1492); *epoca umanitaria* (dal 1492 fino alla rivoluzione francese) (3). In ognuno, la trattazione particolareggiata delle singole materie è opportunamente preceduta da uno sguardo generale sui caratteri salienti dell'epoca.

Libro Primo: L'Epoca Germanica (pp. 3-143). — Delineati i caratteri fondamentali dell'epoca, e fatto notare subito come questa comprenda

(1) Veramente avrei preferito che in una breve introduzione l'autore avesse spiegato, insieme con gl'intendimenti dell'opera sua, alcune idee generali intorno al concetto e all'importanza della storia del diritto italiano, non che sul progresso e lo stato attuale degli studî storico-giuridici. Nessuno meglio di lui poteva in poche pagine delineare questo interessante disegno.

(2) La mancanza di numerazione farebbe credere veramente che questo volume dovesse stare a sè, come lavoro finito; ma la mancanza di un indice alfabetico delle materie, che il metodo seguito rende anche più sensibile, ci lascia, invece, la speranza che l'opera sarà continuata.

(3) Per esser sincero, debbo dire allo Schupfer che non trovo troppo felici le denominazioni da lui scelte per la seconda e la terza epoca. Perchè *neo-latina* un'età che si prolunga fino allo scorcio del XV secolo, e che abbraccia un ordine così vario e complesso di fatti sociali? In contrapposto alla precedente, si potrebbe piuttosto chiamarla addirittura *italica* o *italiana*. Se poi s'intende aver riguardo, più che altro, alle fonti giuridiche e al diritto, perchè parlare di *latino*? Non è il diritto *romano* quello che risorge e si afferma? Volendo dunque stare alla forma accettata pei linguaggi, preferirei sempre di dire: *epoca neo-romana*. Ma forse il meglio è ancora di non allontanarsi dalla denominazione ordinaria, più chiara e più comprensiva, che è: *epoca del rinascimento* o *del risorgimento*. Il medesimo potrei osservare a un dipresso per la seconda età, Gli par molto chiaro, ben determinato e preciso il titolo di *epoca umanitaria*? Non suscita invece una quantità di dubbi? Si possono dire *umanitarî* il secolo XVI e XVII? È soltanto col secolo scorso che, per usare le sue parole, « si comincia a ragionare dappertutto dei diritti e della uguaglianza degli uomini, e si vuole ricostruire la società e riordinarla sopra principî più semplici mettendola d'accordo con la ragione, con la giustizia, con la morale ». Quindi denominare tutta l'epoca da questa idea umanitaria, dall'idea della fratellanza e della uguaglianza degli uomini, che la Rivoluzione ha introdotto per prima nella vita sociale, per quanto si possa risalire, com'egli si esprime ai « lunghi incunaboli », non mi sembra punto esatto. Anche qui preferirei il titolo più comunemente accolto di *epoca moderna*. Ad ogni modo, ammesso pure che le denominazioni preferite dallo Schupfer sieno giuste, bisognava, a parer mio, che egli le chiarisse un po' meglio, adducendone i motivi e spiegando ampiamente i suoi concetti.

in sè tre periodi diversi: — i *tempi barbarici* propriamente detti, i *tempi carolingi* e i *tempi feudali* —; l'autore distribuisce la materia in tre titoli, cioè: tit. I: *leggi e consuetudini;* tit. II: *le formule,* tit. III: *le scuole e la scienza del diritto.*

Il titolo relativo alle leggi (dove appunto va tenuto conto dei diversi periodi) è diviso in tre capitoli. — Nel primo — *i tempi barbarici* — l'autore espone innanzi tutto il principio, particolare a quell'epoca, della *personalità del diritto* (§. 1); le *professiones iuris;* il conflitto delle leggi, nascente dal miscuglio dei vari popoli; e i primi indizî di territorialità. Poi passa alle leggi romane (§. 2) e alle leggi barbariche (§. 3). Quanto alle prime, ricerca le cause che ne determinarono la continuazione anche dopo la caduta dell'impero; e quindi esamina, da un lato, le leggi romane propriamente dette (distinguendo, il diritto teodosiano, il diritto giustinianeo, il diritto greco-romano, e il così detto diritto romano volgare), dall'altro, le leggi romane dei barbari (editti dei re ostrogoti; legge romana dei Visigoti o Breviario Alariciano; legge romana udinese). Quanto alle seconde, ricerca, invece, le cause che ne determinarono la compilazione; non senza indicare altresì le diversità loro nella estensione, nel tenore e nella forma, le affinità di principî, e i gruppi nei quali sogliono distribuirle gli scrittori (cioè: gruppo goto, gruppo franco, gruppo svevo, gruppo sassone); e quindi esamina in modo particolare le due che hanno maggiore interesse per lo storico del diritto italiano: la legge salica e gli editti longobardi (1). Di questi espone ampiamente la storia esterna, il primitivo carattere schiettamente germanico, modificato in seguito dall'influenza del diritto romano e del diritto canonico, e molte altre questioni che vi si riconnettono. — Nel secondo capitolo — *i tempi carolingi* — formano, com'è naturale, oggetto di esame i capitolari: grande legislazione, che s'è venuta formando sotto Carlo Magno, « ma che però trova il suo addentellato nei tempi precedenti », e nella quale si debbono distinguere i *capitolari franchi* (§. 1) e i *capitolari italici* (§. 2). Degli uni come degli altri tratta ampiamente l'autore, ponendone in chiaro anche lo scopo e il carattere (§. 3). — Col capitolo terzo entriamo nei *tempi feudali. Le leggi dell'età feudale* (§. 1), massime chi guardi al giure privato, sono assai scarse; ma in compenso la coscienza popolare riprende adesso nuovo vigore e crea *il diritto consuetudinario* (§. 2), mentre i tribunali, per opera soprattutto dello scabinato, divengono un vero e proprio organo della formazione del diritto e creano *il diritto e l'uso giudiziario* (§. 3).

Il titolo II, assai più breve, è consacrato esclusivamente alle *formule:* nuova fonte giuridica, che si trova già, per vero dire, nel periodo barbarico, ma che continua anche dopo. Per quanto esse abbiano maggiore importanza per la pratica del diritto, pure giovarono altresì allo svolgimento della scienza. Lo Schupfer prende in esame quelle che si riconnettono più direttamente all'Italia: le ostro-

(1) Convengo con lo Schupfer che, volendo attenersi strettamente alle antiche fonti, si potrebbe forse scrivere, com'egli fa, *langobardo* e *langobardi;* ma in certe forme letterarie l'uso tradizionale ha pure la sua importanza, e una volta che tutti, da secoli e secoli, dicono *longobardo* e *longobardi*, non trovo motivo per allontanarmi dalla forma comune.

gote, contenute nelle *Variae* di Cassiodoro, le pontificie, contenute nel *Liber Diurnus*, e le longobarde, che sono di due specie: notarili e processuali.

Interessante è il titolo III che risguarda *le scuole e la scienza del diritto* in questo primo periodo; *le scuole romane e la scienza romana* da un lato (capitolo I), *la scuola longobarda e la scienza longobarda* dall'altro (capitolo II). Quanto alle scuole di diritto romano (§. 1), l'autore comincia col far notare come nei primi secoli del medio evo il giure formasse oggetto di studio in tutte le scuole superiori unitamente alle arti del trivio e come poi vi fossero anche scuole speciali di diritto, anteriori a quella di Bologna (Roma e Ravenna). Quanto alla scienza romanistica (§. 2), ovvero alla produzione scientifica che ci mostra coteste scuole in azione, rivelandone la operosità, lo Schupfer riassume lucidamente i più recenti studi intorno alla tradizione non mai interrotta della scienza giuridica e ai primi tentativi proseguiti fino al secolo XI, quando cioè la giurisprudenza è già in pieno rigoglio; e per meglio rappresentarli agli occhi del lettore si ferma sopra i due scritti più notevoli: il *Brachylogus iuris civilis* e le *Exceptiones legum Romanorum*, che hanno dato luogo a tante discussioni erudite; dopo di che, chiude il capitolo con opportune avvertenze generali sul carattere della scuola (§. 3). — Passando quindi al capitolo secondo, ben s'intende come egli consacri parecchie pagine alla celebre scuola longobarda di Pavia (§. 1), le cui prime origini risalgono al tempo di Ottone I, e che fu in gran fiore nel secolo XI; alle collezioni delle leggi longobarde (§. 2), dovute a quella scuola (*Liber legis Langobardorum* o *Liber Papiensis*; *Walcausina*; *Lombarda*); e alla scienza del diritto longobardo (§. 3), rappresentata dalle glosse, dalle formule, dalla *Expositio* (che segna il punto più culminante della scienza longobarda), dalle *Summae* e dai *Commentarii*.

Libro Secondo : L'Epoca Neo-Latina (pp. 143-376). — Eccoci all'età più bella e più splendida della storia giuridica italiana. Anche qui possiamo considerare da un lato *le leggi e consuetudini* (titolo I), dall'altro *le scuole e la scienza del diritto* (titolo II).

Se nell'epoca precedente domina il principio della personalità, in questa vediamo affermarsi invece la *territorialità del diritto* (capitolo primo); e l'autore ci espone come ciò venisse a poco a poco effettuandosi, finchè, tolta ogni importanza alla nazionalità, mancò naturalmente anche la base giuridica delle *professiones iuris*. — Passando alle fonti del diritto in questo tempo, ci si presentano prima le *leggi d'indole generale* (capitolo secondo), quali sono: il diritto romano (§. 1), riconosciuto ormai come diritto comune o legge di autorità universale; il diritto ecclesiastico (§. 2), che ha seguito la evoluzione storica del papato, e del quale giova tener gran conto, sia per conoscere il carattere e il valore delle sue fonti, sia per determinare con imparzialità di giudizio, fra opposte sentenze, ciò che questa legislazione abbia veramente conferito alla storia della civiltà; la legislazione imperiale (§. 3), che seguì, com'è facile a intendere, le fasi dell'impero, e fu più o meno copiosa, più o meno efficace e autorevole, a seconda che quello era più o meno rispettato e temuto. — Seguono le *leggi provinciali* o le

costituzioni dei principi (capitolo terzo); fra le quali primeggiano le leggi del Regno di Sicilia (§. 1) — massime le Assise Normanne e le Costituzioni Sveve —, e quelle della Monarchia di Savoia (§. 2) — dove emergono gli Statuti di Amedeo VIII —; ma non son prive d'importanza neppure le costituzioni promulgate nello Stato della Chiesa dai legati e rettori (§. 3) — particolarmente le *Egidiane*, dovute al cardinale Albornoz —, e le leggi dell'isola di Sardegna (§. 4) — fra le quali porta il vanto la *Carta de logu* di Eleonora d'Arborea. — Il capitolo quarto è consacrato alle *leggi locali;* e sotto questo nome sono compresi gli statuti delle città e della campagna, ossia gli statuti municipali (§. 1) e gli statuti rurali (§. 2). De' primi specialmente indaga l'autore i varî elementi (consuetudini, brevi, leggi); la compilazione e la pubblicazione; la forma e il contenuto; il fondamento e l'efficacia. — Vengono per ultime (nel capitolo quinto) le *leggi speciali delle classi*, cioè degli artigiani e commercianti, dei militi e contadini. Formano quindi oggetto di esame, a tale riguardo, gli usi e statuti delle arti (§. 1) — che rappresentano una splendida pagina nella storia del nostro diritto —; le leggi e consuetudini marittime (§. 2) — fra le quali notevoli gli Ordinamenti di Trani e la Tavola d'Amalfi —; le consuetudini feudali (§. 3) — « che ci presentano un nuovo mondo contrapposto caratteristicamente a quello delle arti e dei traffici ». A questo proposito, l'autore distingue nel diritto feudale due sistemi diversi: il sistema franco, che dominò nell'Italia meridionale (dove fu portato dai Normanni), come anche nel Piemonte e nella Savoia, e che è rappresentato, come a lui sembra, dai *defetari*, ma certamente e meglio dalle *Assise di Gerusalemme*, « le quali, riportando le costumanze e i precetti di diritto che si osservavano nelle Corti d'Oriente, riproducono appunto le consuetudini franche »; e il sistema longobardo, a cui si deve il più importante monumento feudale che abbia l'Italia, cioè la collezione conosciuta sotto il nome di *Libri Feudorum*. In un paragrafo a parte vengono esaminati *gli usi contadineschi* (§. 4), cioè: statuti agrari o dell'agricoltura, *poliptici* e *libri traditionum*.

Esposte le leggi, si passa, nel titolo II, alle *scuole* e *alla scienza del diritto*. In questo periodo s'inaugura un nuovo movimento scientifico, il quale si svolge in quei grandi centri di studio, che furono le Università; e, siccome quella di Bologna primeggia fra tutte, così il primo capitolo è quasi esclusivamente consacrato allo Studio Bolognese, del quale sono spiegate le origini e ricercate le ragioni dello splendore. — Più ampio è il capitolo secondo, che concerne la scienza giuridica; cioè a dire l'opera didattica e scientifica dei Glossatori (§. 1) e degli Scolastici (§. 2). Ecco in qual modo lo Schupfer delinea il passaggio dall'una all'altra scuola: « Come la ristaurazione dell'Impero aveva portato con sè la ristaurazione del diritto romano, così, caduta la speranza di far rivivere, qual era stato, l'antico impero dei Cesari, cadde pure il genio dei glossatori. Quando lo studio del diritto romano, spogliato d'ogni carattere politico e sociale, non presentò che un interesse civile, cessò l'entusiasmo e l'istinto ingenuo, che fu come l'ultima pulsazione della coscienza antica. E invano gli uomini del rinascimento cercheranno di supplirvi con l'arte. Essi avranno maggiore erudizione, studieranno pure gli antichi e ne seguiranno le traccie; ma la

loro scienza non sarà più la vita: il mondo antico diventerà materia di compilazione e basta. La vera base storica del diritto era venuta meno, travolta nella ruina del partito ghibellino » (pag. 365).

Libro Terzo: L'Epoca Umanitaria (pp. 377-491). — Questa terza epoca, più breve e più sommariamente esposta delle altre, chiude il Medio Evo e inaugura una età nuova, « che nessuno può prevedere dove metterà capo ».

Tratteggiati, con rapidi e sicuri tocchi, i caratteri o, se più vuolsi, i contrasti dell'epoca, l'autore si restringe, come al solito, ad esaminarli nelle *leggi* (titolo I) e nella *scienza del diritto* (titolo II).

Come l'età nella quale entriamo è l'età della prevalenza monarchica, anche la legislazione (capitolo primo) è ora nelle mani del potere sovrano: quasi tutto il movimento legislativo si accentra in esso e parte da esso. Chi dunque voglia studiarla ne' suoi particolari deve esaminare dapprima le leggi dei Principi; e solo dipoi gli gioverà veder quelle promulgate dai governatori e da altri magistrati maggiori, politici e giudiziari. Così appunto procede lo Schupfer, esponendo lo sviluppo legislativo nelle diverse provincie d'Italia (§. 1): in Piemonte, in Lombardia, nel ducato di Modena, nelle repubbliche di Venezia e di Genova, in Toscana, nello Stato Ecclesiastico, nel regno delle Due Sicilie, e nell'isola di Sardegna. Poi dimostra come questo processo di concentrazione nelle mani del Principe non potesse lasciar troppo posto alle leggi e consuetudini locali (§. 2), che sono infatti in uno stato di decadenza, ma dovesse per contrario dar luogo ad una larga e notevole autorità dei tribunali. Dopo di ciò rileva il carattere generale della legislazione in quest'epoca (§. 3), distinguendo, con retto criterio, quella dei primi due secoli XVI e XVII, da quella del secolo passato: l'una si risente della miseria dei tempi, nell'altra invece un alito di vita nuova già spira da per tutto, e annunzia che i tempi vanno maturandosi. — Il capitolo seguente concerne la codificazione.

Passando, col titolo II, alla scienza giuridica, ci si presenta, per prima, la scienza del diritto romano (capitolo primo). L'autore si trattiene a lungo sulla scuola francese (§. 1); risalendo ai precursori, che furono o umanisti (come il Poliziano) o giureconsulti (come il Bolognini e l'Alciato); ricordandone i rappresentanti più autorevoli (Cuiacio, Donello, Ottomano); mostrandone l'attività scientifica; e spiegando le cause della decadenza. Sorge, in sua vece, la scuola olandese (§. 2), che per ben due secoli, nel XVII e più nel XVIII, tiene il campo. Intanto fa singolare contrasto la scienza del diritto in Italia (§. 3). Essa già nel secolo XVI ha ceduto ad altri il primo posto, e nei seguenti non tiene neppure il secondo. Nè valgono a ridonarle l'antico splendore giuristi eminenti, quali il Menochio. il Mantica e il De Luca nel campo del diritto civile, lo Stracca, l'Ansaldo, lo Scaccia e il Casaregis nelle materie commerciali; il Deciano, il Claro e il Farinacci in quelle penali. Contro l'indirizzo prevalente degli studî giuridici doveva sorgere una reazione, prima per parte della scienza, poi anche della pratica; e qui ricorrono i nomi del Sigonio, del Pancirolo, del Gravina, del Vico e di altri

minori per le ricerche storiche; di Scipione Gentili, dell' Averani, del Richeri, per notevoli lavori esegetici e dommatici. — Il capitolo secondo è intitolato: *La filosofia della rivoluzione*. Prendendo le mosse dalle idee francesi (§. 1), lo Schupfer ci delinea a rapidi tocchi, ma con mano maestra un quadro degli studî e delle nuove idee filosofiche, che nel secolo scorso contribuirono potentemente alle riforme sociali, ardite e sapienti, e che, dalla Francia, dove ebbero rappresentanti il Voltaire e il Rousseau, si diffusero nelle altre nazioni europee. Il movimento filosofico italiano (§. 2) ebbe i suoi centri principali a Milano, col Muratori, col Verri, col Beccaria, col Romagnosi, col Tamburini, e a Napoli, col Genovesi, col Galiani, col Filangieri e col Vico, grandissimo come filosofo non meno che come cultore di studî romanistici. E col nome dell'immortale autore della *Scienza Nuova* chiude lo Schupfer il suo libro. « Le idee di Vico anticipano la sociologia moderna; ma il secolo era tutt' altro che disposto a riceverle, e ancora per lungo tempo si dovean considerare i principî dell' 89 come l' arca santa, a cui non fosse lecito di toccare. Solo più tardi il fiume della civiltà passerà sopra anche ad essi, e allora i posteri si ricorderanno di Vico. La civiltà è davvero il gran fiume del Goethe. Umile ne' suoi inizî, non svolge dapprima che povere acque e scende per tortuosi meandri; ma intanto riceve per via il tributo di nuove linfe, e anche altre scendono ad alimentarlo, e così ingrossa, e infine si presenta maestoso, spargendo i suoi beneficî dovunque passa, come un Dio. La gratitudine degli Egizî ha raffigurato appunto nel vecchio Nilo l' imagine della bontà divina; e la civiltà non è diversa » (pag. 491).

*
* *

A questa sommaria esposizione del libro, che non so veramente se servirà a darne una chiara idea a coloro che non l' hanno letto, invogliandoli a procurarselo, o a rinfrescarne la memoria in quelli che lo lessero, dovrebbe forse tener dietro un esame critico più particolareggiato, per metterne in evidenza le parti che recano qualche nuovo contributo agli studî o che meglio rivelano originalità di pensiero, come anche per spiegare quale opinione segua l' autore nei tanti punti controversi, che presenta la nostra storia giuridica (1). Ma questa sarebbe cosa interminabile. Mi sento bensì in debito di aggiungere alle poche già accennate nelle note alcune altre particolari avvertenze; e ciò non per spirito di oziosa polemica nè mania di contradire, ma per l' amore del vero, che in questo arduo ufficio di critico salva il lodatore dal sospetto di adulatore.

E primieramente osservo che il metodo seguito dallo Schupfer riguardo alla bibliografia è precisamente quello che nelle precedenti mie rassegne ho dichiarato preferibile agli altri: di riferire, cioè, in principio d' ogni capitolo la letteratura relativa ad un soggetto, indicando secondo l'ordine di tempo le varie pubblicazioni.

(1) Sarà più un elogio per me che per lo Schupfer, ma non posso a meno di notare che nella grande maggioranza dei casi la risoluzione dei problemi controversi da lui accettata o proposta corrisponde precisamente alla mia.

Questo metodo mi sembra ancora il migliore. Infatti, se in un manuale scolastico non debbono certamente mancare le indicazioni bibliografiche, affinchè il giovane studioso sappia all'occasione dove ricorrere, per verificare i fatti asseriti o per estendere le sue cognizioni o per proseguire le ricerche; dall'altro lato sarebbe addirittura fuor di luogo trasfondervi tutto l'apparato erudito, di cui s'è valso l'autore, perchè così ne verrebbe fuori un libro infarcito di citazioni e di note, gravissimo a leggere. Lo Schupfer ha saputo evitare i due estremi, ed ha tenuto la via giusta. Solo mi par dubbio, se convenisse proprio riferire, com'egli fa, per le varie materie così gran numero di scritti d'ogni genere, senza distinguere i buoni dai mediocri e dai cattivi. Che in una monografia si voglia indicare compiutamente la letteratura relativa a quel determinato soggetto preso a svolgere, s'intende e va bene; ma in un'opera d'indole generale e didattica reputo preferibile citare soltanto i libri che hanno qualche valore, che hanno più o meno giovato alla scienza, e la cui lettura, per conseguenza, riuscirà utile. Così fa il Brunner in quel suo Manuale, che anche dal lato della forma è un vero modello del genere. Qual vantaggio si può, invece, ricavare da quelle lunghe note di trenta o quaranta scritti, nelle quali si veggono confusi, e mescolati insieme coi buoni, brevi articoli di rivista, conferenze, opuscoletti da dilettanti, e libricciuoli d'ogni specie? Non si corre il rischio che il giovane poco esperto, per far più presto, li lasci tutti da parte, o, che sarebbe anche peggio, ricorra ai meno buoni e, accettandone senz'altro i resultati e i cattivi metodi, si abitui ad un falso indirizzo scientifico? Certo l'autore non ha voluto punto far sfoggio di erudizione; piuttosto ha mirato ad esser completo (1); ma io mi permetterei di domandargli se egli suppone d'esservi proprio riuscito. Quando ci si mette su codesta via, le omissioni divengono inevitabili, nè credo sarebbe difficile riunire insieme un non breve elenco di libri e di opuscoli da lui dimenticati.

Invece, mi sarebbe piaciuto che fossero indicate con maggior precisione le fonti, per dar modo al lettore di far più facilmente confronti e ricerche. Quando, per esempio, a pagina 10, si ricorda che gli ecclesiastici usavano di abbandonare la propria legge per vivere con la legge romana, e che già un capitolo

(1) Sotto certi rispetti, la bibliografia è compiuta davvero. L'autore conosce tutte le opere più notevoli e più recenti, e ne discute i resultati; il che vale molto più a dar pregio scientifico al libro, che non sia la citazione di tanti scritti. Così, per citare un esempio quanto all'origine e alla formazione dei *Libri Feudorum* (pp. 330 e sg.) egli trae profitto dagli ultimi studî del Lehmann (che sono come i prolegomeni alla nuova edizione critica, da lui compiuta pei *Monumenta Germaniae*), ma non ne accetta ciecamente tutte le conclusioni, bensì procura con un criterio proprio, dedotto da principî meditati e non presi in prestito alla cieca degli altri, di conciliarle con quelle precedenti del Laspeyres, facendo la debita parte tanto al diritto consuetudinario quanto alle costituzioni imperiali. Parimente, nel capitolo relativo agli istituti giuridici del commercio, massime del commercio marittimo (pp. 307 e sg.), egli riferisce, discutendole, le profonde ricerche del Goldschmidt, che si può chiamare il nestore dei giuristi in questo campo particolare di studî. E gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

di Liutprando accenna a questo fatto, perchè non indicare in nota o meglio fra parentesi quel capitolo, che sarà, credo, il 153? Parimente, quando si cita la disposizione presa dallo stesso Liutprando in materia di convenzione, sarebbe stato opportuno avvertire che essa è contenuta nella celebre legge sugli scribi (cap. 91). Altrettanto valga per una legge di Pipino (pag. 12), per le formole del *Cartularium langobardicum* (pag. 16), ecc. ecc.

Pag. 39. — Non so bene se, fra le opposte sentenze intorno al nome, al carattere e all'ufficio dei *gastaldi*, si possa asserire in modo sicuro che essi erano i giudici dei Romani. Nessuno, che io sappia, è riuscito ancora a dimostrarlo.

Pag. 61. — Qui, se non sbaglio, è sfuggita all'autore una svista. Egli dice che « Liutprando è il primo Re cattolico che abbia fatto leggi ». Ma come? Non erano stati re cattolici Rotari e Grimoaldo? I Longobardi non avevan lasciate fin dal tempo di Agilulfo le credenze ariane? Liutprando sarà stato soltanto più pio e più deferente alle massime del diritto ecclesiastico: ecco tutto (1).

Pag. 109. — Riconosco volentieri l'importanza del *Libellus* attribuito a Pietro Crasso (quantunque anche sulla paternità dello scritto e perfino sulla esistenza di un Pietro Crasso ravennate io abbia forti dubbi) (2), ma la conoscenza del diritto romano, per quanto frequentissime ne sieno le citazioni, non vi si manifesta davvero *profonda;* e mi pare che su questo punto abbia perfettamente ragione il Conrat (*Gesch. der Quellen u. Literatur d. röm. Rechts im früher. M. A.*, pp. 606-612), che ne dà un giudizio ben diverso.

Pag. 123. — L'ipotesi che autore delle *Exceptiones Legum Romanorum* possa essere San Pier Damiani, non ostante gli argomenti addotti, mi sembra poco probabile, appunto per le ragioni che lo Schupfer stesso adduce in contrario.

Pag. 199. — Che alla compilazione delle *Constitutiones regni Siciliae* abbia contribuito più d'ogni altro Giacomo Arcivescovo di Capua, famigliare di Federico II, si deve ammettere ormai come cosa sicura; ma il dire che l'altra notizia, accolta da molti scrittori, secondo la quale anche Pier della Vigna vi avrebbe in qualche modo prestato l'opera sua, « non ha ombra di fondamento », è dir troppo.

Pag. 325 e sg. — Non sono ancora ben convinto che i *defetari* contenessero proprio le *costumanze feudali* del Regno di Sicilia, come l'autore si studia di provare, e accetto piuttosto l'opinione del Capasso e dell'Amari, che fossero semplici registri o quaderni sul *servizio feudale* del reame.

(1) È curioso come anche il Bethmann-Hollweg (*Civilprocess*, IV, pag. 301, not. 42) sia caduto in un errore simile, scrivendo che soltanto da Grimoaldo in poi la dottrina cattolica è divenuta dominante, e che Rotari trovava ancora necessario di vietare battesimi cattolici. Evidentemente egli ha scambiato Autari con Rotari, e attribuisce a questo ciò che San Gregorio Magno dice di quello. L'osservazione è del Tamassia.

(2) Cfr. la Prefazione del Heinemann alla *Petri Crassi Defensio Heinrici IV regis* (nei *Libelli de lite imperatorum et pontificum saec. XI et XII*, Hannov. 1891).

Pag. 369. — Non potrei convenire con lo Schupfer nel giudizio che egli dà sul giureconsulto Baldo da Perugia, il quale « discepolo di Bartolo, superò il maestro per memoria, acume e sottigliezza ed ebbe anche maggiori cognizioni di diritto ». È ben vero che subito dopo attenua da sè stesso il significato di queste parole, ma sono sempre troppo laudative. Da quel poco che ho letto di Bartolo e di Baldo, mi sono formato l'idea che il maestro resta di gran lunga superiore al discepolo, e che non a torto la posterità ha considerato lui il vero caposcuola.

Pag. 370. — Secondo le indagini del Bethmann-Hollweg (*Civilprocess*, VI, pag. 244 e sg.) intorno ai così detti processi satanici, confermate da quelle più recenti del Roediger (*Contrasti Antichi. Cristo e Satana*, Firenze, 1887), la curiosa *Quaestio inter Virginem Mariam et Diabolum* sarebbe stata erroneamente attribuita a Bartolo.

Chiuderò con due lievi appunti, più di forma che di sostanza.

A pag. 173-74, ricordando le *Extravagantes* del *Corpus iuris canonici*, egli scrive: « L'ultima è del 1483; e noto quest'anno, perchè è quello della nascita di Lutero, l'uomo fatale, che, appena compiuta l'opera, dovea sforzarsi di scomporla ». Che cosa ha inteso propriamente di dire? Queste parole, prese alla lettera non implicano un giudizio troppo severo, che è certamente fuori delle intenzioni dell'autore? Ma allora perchè non spiegar meglio il suo concetto, e non far comprender bene a chi legge in qual significato egli le ha usate? Io intendo il concetto dell'autore, e fino ad un certo punto lo credo vero; ma gettato là in quella forma, sarà egli inteso a dovere da tutti?

A pag. 474, a proposito della celebre *Encyclopedie* francese del Diderot e del D'Alembert, lo Schupfer dice: « L'Enciclopedia fu ciò che per le nostre repubbliche medievali era stato il carroccio ». Ma anche questa similitudine non mi par felice, perchè troppe cose diverse caratterizzano le due istituzioni o i due fatti, rispondenti alle tendenze diverse delle due età. Forse egli vuol dire che anche l'Enciclopedia fu come un vessillo o, secondo la sua espressione, « un punto centrale intorno a cui le sorti della battaglia si sarebbero decise », ma allora il lato comune parrà troppo tenue per quel confronto.

Come il lettore vede, queste osservazioni, anche se tutte giuste, sono veri e propri nonnulla, che ben poco detraggono al valore incontestabile dell'opera. La quale, così com'è, così come l'autore ha voluto che fosse, mi sembra meritevole di gran lode e di grande successo. Per quanto i giudizî sulla fortuna dei libri siano sempre molto arrischiati, non mi perito di affermare che questo dello Schupfer è destinato a vivere e a divenire il manuale preferito dai nostri giovani; mentre per la eletta erudizione, ond'è arricchito, anche i dotti gli faranno certamente buon viso.

Firenze, novembre 1892.

Alberto Del Vecchio.

2. **Io. Aloys. Andrich** *in Patav. Athenaeo studios. — Praefatus est* Dr. **Blasius Brugi** *ibidem rom. iur. publ. ord. profess.* Patavi, excudebant ratres Gallina MDCCCXCII.

Festeggiavasi in questo mese di luglio il terzo centenario dalla fondazione della università di Dublino. Furono invitati tutti gli istituti scientifici superiori del mondo a prendervi parte nel modo, che loro paresse più opportuno.

L' università di Padova vi ha concorso col libro, di cui ci intratteniamo, nè o poteva senza dubbio con modo meglio pensato. Ne ebbero merito speciale, come narra la prefazione, S. E. il Ministro della pubblica istruzione, sopportandone la spesa, il chiarissimo Rettore della Università prof. Carlo Francesco **Ferraris,** che sostenne la bellissima idea e, sovrattutto, il chiarissimo prof. **Biagio Brugi,** valoroso insegnante di *istituzioni di diritto romano* e l' ottimo studente Luigi **Andrich,** del secondo anno di giurisprudenza.

Una speciale parola di lode merita il collega ed amico prof. **Brugi** per aver nella scolaresca trasfuso col suo corso libero di *storia letteraria del diritto romano* l' amore a questo genere di ricerche. Niuno è che non sappia come la storia letteraria d' una scienza sia parte della scienza medesima perchè le nozioni ed il coordinamento delle nozioni, che la compongono, hanno il loro vero e completo aspetto soltanto poste nel debito rapporto con i pensatori che le avvertirono, le discussero e le coordinarono. S' aggiunga che la storia delle singole scienze e quindi della scienza in genere è parte nobilissima, e di più alto momento di quella d' altri lati più appariscenti, della storia del proprio paese.

I fasti dell' università di Padova sono illustri quant' altri mai; la benefica efficacia da essa esercitata nello svolgimento dell' umano sapere fu grandissima; insigni, alcuni incomparabili, sovratutto Galileo, al cui genio niuna parola è adeguata, ne furono i maestri, numerosi e d' ogni parte d' Europa ne furono gli scolari. Storici ebbe l' università di Padova, l' impreciso Papadopoli, il minuto Tomasini, l' erudito Facciolati; oggi è benemerito delle ricerche che la riguardano il Gloria; tuttavia molti documenti giacciono ancora nell' Archivio universitario, dopo molte disgraziate vicende, incurie secolari, incendi, rapine, tuttora raccolta preziosa di storiche notizie. Merita molta lode d' averne impreso lo studio il prof. Brugi, che ne dette già buoni saggi con l' ampio lavoro sulla *scuola padovana di diritto romano nel secolo XVI*, pubblicata fra le monografie, che l' università di Padova offrì in omaggio a quella di Bologna nell' occasione del suo ottavo centenario, e con le più brevi, ma non meno lodevoli monografie *Per la storia della scuola giuridica padovana*, pubblicate negli « Atti e memorie » della R. Accademia di scienze, lettere ed arti di Padova » vol. V (Nuova serie) p. 225 segg., ove, dopo aver dato notizia di un piccolo manoscritto di Io. Iac. Canis o a Canibus, giacente inedito nella biblioteca universitaria, ricostruì, guidato dai documenti dell' Archivio universitario, la statistica degli studenti giuristi dall' anno 1591 al 1598, e *Giovanni Conrado Heroldt sindaco e prorettore dei giuristi in Padova (1637-1639)*, ricerca intorno ad un antico studente e de' più caldi amatori della patavina università.

Col libro di cui mi intrattengo ci è offerto un saggio del profitto della scolaresca, indirizzata dal prof. Brugi a questi dilettevoli studi. Lo scopo già esposto ed il titolo ne determinano a sufficienza il concetto. Precede una lettera dedicatoria del prof. Brugi al Rettore ed ai colleghi della Università di Dublino, ove con brevità sono esposti il motivo e lo scopo del lavoro. Sussegue col titolo *Ratio operis* una introduzione ove si ricorda perchè non meravigli riscontrare imprecisi gli storici della Università di Padova, come larga messe offra l'archivio universitario e per quali anni si trovano più copiosi registri e notizie, si espone infine il programma della monografia, divisa in sei capitoli, inteso il primo a determinare il concetto, i privilegi e le origini delle singole nazioni, contenente il secondo la nota dei rettori, dei protettori, dei sindaci e dei prosindaci dei giuristi inglesi e scozzesi, il terzo quella dei consiliari ed elezionari inglesi, il quarto quella dei consiliari ed elezionari scozzesi, il quinto quella degli scolari inglesi, il sesto ed ultimo quella degli scolari scozzesi.

Sono molto importanti le notizie contenute nel primo capitolo sui rapporti tra le nazioni ed, in genere, sui costumi universitari. I nomi degli scolari, sia che avessero o mancassero d'uffici nella Università, sono scritti con molta cura raccogliendo per ciascuno tutte le notizie che li riguardano.

È indubitabile che il libro riescirà gradito a tutti i cultori della storia del diritto, anzi della storia de' secoli scorsi, di cui le università furono tanta parte; nè mancano notizie, se non nuove, per dir così, nel fondo, almeno nuove in alcune particolarità, sulle nazioni e sull'origine e sui privilegi loro ed anche, nelle note sparse per il libro, sui rettori, sui prorettori, sui sindaci e sui prosindaci degli studenti.

Per essere scrupolosi, come è dovere di chi rende conto d'un libro, avvertiamo anche un dubbio e, a nostro modo di vedere, un difetto. Il dubbio si riferisce alla precisione dei nomi, delle date, delle notizie sui singoli studenti anglo-scozzesi, che vi si contengono. Con ciò non vogliamo dire che ci sieno imprecisioni; anzi ci è arra che non ce ne sieno la diligenza del collettore e la garanzia, che proviene dal nome, quindi dalla responsabilità, che egli ne ha assunta, del Brugi; inoltre non abbiamo ragione di non credere alla asserzione con cui il collettore chiude il suo libro: « Nomina omnia accurate e fontibus » descripsi ut in singulis actis reperiuntur; ex quo fit ut multa nomina varie » relata sint »; tali avvertenze spiegano perchè qua e là si trovino ricordate con nomi diversi persone evidentemente identiche e perchè alcuni nomi non debbano esser precisi o alterati più o meno latinizzandoli. Col nostro dubbio volevamo dire soltanto che una sicurezza diretta di precisione, dote essenziale d'un simile lavoro, non sarebbe potuta provenire che da un collazionamento con i documenti d'onde le notizie furono tratte; cosa che ci sarebbe riuscito impossibile fare.

In quanto al difetto sta nella forma. La latinità del dettato non è priva di mende; sebbene molte ragioni, che si presentano al pensiero di tutti, giustifichino nel caso concreto la scelta del latino, altre non ne mancano che avrebbero reso preferibile l'italiano, sovrattutto che il latino è idioma arduo ed aggiunge

a quelle intime una ulteriore e non lieve difficoltà. Del resto non saremo certo noi che daremo soverchia importanza alla forma in un elenco, che di necessità non può avere alcunchè d'artistico, ed in osservazioni di pura indole aneddottica. Si aggiungano la molta brevità del tempo che ebbero il collettore e, per dir così, l'ispiratore del lavoro, la poca pratica dei moderni tipografi dell'idioma latino, la difficoltà della correzione in mezzo ad una selva di sigle e di nomi; tutto considerato non solo siam dinanzi a cosa secondaria, ma attenuata da mille riguardi.

È tempo di chiudere la nostra rivista con un giudizio complessivo. Siamo dinanzi ad un lavoro utile, bene ideato, convenientissimo allo scopo, che mostra attività di ricerche e valore d'indirizzo didattico; non resta che rallegrarsene ed augurare che non sia pur questo che un anello d'una lunga catena, la quale concorra a far degno riscontro alle proficue pubblicazioni, agli insegnamenti magistrali, ai progressi scientifici che in altri momenti storici resero così celebre il nostro archiginnasio.

Padova, 31 luglio 1892.

Lando Landucci.

3. **Icilio Vanni** — *Il problema della filosofia del diritto nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri.* — Verona, Donato Tedeschi e figlio editori, 1890.

Icilio Vanni — *Gli studii di Henry Sumner Maine e le dottrine del diritto.* — Verona, 1892.

La *filosofia del diritto* in Italia, agitata fin oggi dalla lotta dei sistemi, non è riuscita ad assumere il carattere di scienza universale, quale è nella sua costituzione.

Lo studio del diritto nella sua natura, nel suo sviluppo, nelle forme ed istituzioni diverse in cui si è concretato, lo fa apprendere sotto l'influenza della scuola positiva come una legge che regola la vita sociale, in tutte le esplicazioni, in tutti i fenomeni, in tutti i periodi di sviluppo.

Tutti i popoli, anche i più selvaggi, anche i preistorici, hanno avuto ed hanno il loro *diritto* — e questo diritto si è andato formando, sviluppando, adattando in dipendenza delle condizioni di tempo e di luogo, dell'ambiente naturale e sociale, dello sviluppo storico, etnografico, politico, sociale etc. La coordinazione di tutti questi sviluppi alla legge naturale del diritto, e la unificazione di tutte queste concezioni, è appunto il tentativo scientifico, che è il programma della nuova *filosofia del diritto*.

Il prof. **Vanni** si è messo per questa via coi due pregiati lavori, di cui presenterò la sintesi ai lettori dell'*Archivio giuridico*. Lamentando che la *filosofia del diritto* è in Italia una scienza dimenticata, per cui si agita il problema dell'essere e non essere, egli intende con tutte le sue forze vivificarla connettendo lo sviluppo di quella scienza alla sociologia, e adottandone il *metodo* che egli fermò

in un precedente lavoro, degno di considerazione, dal titolo: *Le prime linee di un programma critico di sociologia.*

Egli perciò inaugurando il suo insegnamento ufficiale all' Università di Parma, nella *Prelezione* letta, presenta a sè stesso il problema se la *filosofia del diritto come scienza esista, e debba esistere*, e questo problema egli benissimo formula nel titolo del primo lavoro: *Il problema della filosofia del diritto nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri.*

Apre di conseguenza la sua prelezione notando la crisi che attraversa la filosofia del diritto, tanto più grave in quanto si mette in discussione lo stesso diritto nel suo concetto fondamentale, nelle sue basi. Ed egli si sforza di risolvere quella crisi con mettere in armonia la filosofia del diritto alla filosofia, di cui segue la nozione e le traccie determinate da **Spencer** e dai filosofi positivisti.

L' A. è minuzioso in questa coordinazione. Ricerca il fenomeno universale, che poi trova riflesso in tutti i fenomeni particolari, oggetto il primo della filosofia, e i secondi delle diverse scienze — ed è appunto dai dati filosofici sinteticamente ma chiaramente affermati che l'A. ricava la necessità logica e la vita della filosofia del Diritto.

Ma il diritto non è un principio astratto — esso regola la vita individuale e sociale — ed ecco l' A. ricollegando il diritto alla vita, dà importanza ai principii della scuola storica, che ha proclamato il *diritto* un fatto sociale, un prodotto della cultura, una realtà concreta della vita, che nasce e si trasforma con processo organico di sviluppo nel corso della storia, ed ha sostenuto che a determinare e foggiare il diritto variamente nello spazio e nel tempo è indispensabile il concorso del carattere nazionale ed il complesso di condizioni, di elementi e di forze, onde resulta lo stato generale di una società in un dato momento storico. Aggiunge però ai principii della scuola storica i nuovi principii della scuola positiva giuridica, che cioè il diritto deve studiarsi nel suo movimento dinamico ed evolutivo.

E conclude che il programma della nuova filosofia del diritto debba essere quello di « colpire, mediante lo studio delle sue forme più semplici e rudimentali la genesi del diritto, e seguendone le fasi successive nella continuità della storia, determinare le leggi che ne regolano l' intero processo evolutivo, fino a spingere lo sguardo nel lontano avvenire, e dalla previsione di più alti gradi di sviluppo indurre la nozione dei suoi ideali ».

L' A. formula questo programma della filosofia del diritto attraverso un esame critico delle dottrine di più illustri filosofi e filosofi-giuristi, di cui le note in appendice al lavoro attestano la larga copia dell' erudizione e del fine acume critico.

E stabilisce che il metodo di studio della filosofia del diritto deve essere il metodo *storico-psicologico-etnologico*, dovendosi la scienza del diritto giovare dell' opera dell' antropologia, della etnologia, della storia della civiltà, della psicologia dei popoli e più specialmente della storia universale delle istituzioni giuridiche, e della giurisprudenza etnologica.

Fortunatamente per me ci troviamo coll' insigne A. a battere la stessa via scientifica, avendo esposto largamente l' influenza di tutte queste scienze nell'ordinamento della filosofia del diritto in un mio lavoro: *Dati psicologici nella dottrina giuridica e sociale di G. B. Vico.*

L' A. però aggiunge in proposito una larga disamina di diversi sistemi, nei quali, dice l' A., prevale ora un elemento, ora un altro, dimostrando così la naturalità del diritto e la sua dipendenza dalle forze cosmiche. Ma occorre si proceda ad integrare quei sistemi.

Per tale integrazione deve escludersi l' *apriorismo* — e deve riconoscersi con G. B. Vico, che l' idea del diritto è una *idea umana*, una *idea storica*, quindi *relativa*, necessariamente diversa nello spazio e nel tempo, proporzionata alle condizioni particolari che determinano tutta la vita di un popolo, al grado della sua mentalità, alla forma della sua organizzazione sociale. Coi quali criterii l' A. dimostra la impossibilità che esista un diritto diverso da quello fenomenico e storico, un diritto superiore e trascendente, che non sia quello che realmente si sia affermato.

Determina poi l' A. il campo della filosofia del diritto. — Egli attingendo i dati al campo della filosofia in generale secondo le dottrine di **Spencer,** opina che il compito della filosofia del diritto è quello di dare una spiegazione sintetica, unificando in un primo principio le idee madri e fondamentali di tutte le scienze giuridiche speciali, e storiche, e sistematiche — per cui la filosofia del diritto è la scienza dei primi principii del diritto.

Determina l' oggetto della scienza, che è lo studio della norma dell' agire umano coordinata ad un sistema di scopi — per il che la filosofia del Diritto deve riuscire ad una teoria evolutiva.

Quantunque il diritto si apprenda dall' A. come un fatto storico-sociale, tuttavia decomponendolo e rintracciandone la fonte prima donde scaturisce, è necessità, dice l' A., risalire all' attività fisio-psichica, della quale i fenomeni tutti della vita comune non sono che un prodotto. Ond' è che secondo l' A. il diritto si afferma come una delle ultime e più alte manifestazioni di quell' unica forza che affaticando di moto in moto l' universo, arriva per un processo di differenziazioni ed integrazioni progressive fino ai prodotti ideali della coltura umana.

Deriva da ciò, che come l' evoluzione sociale è evoluzione storica, con cui i prodotti di una data età divengono impulso, causa, strumento dello sviluppo ulteriore per quella legge di continuità intellettuale, di cui parlò il **Comte,** così anche le leggi della formazione della filosofia del diritto sono leggi storiche.

Dovendo la filosofia del diritto studiare i fatti giuridici e coordinarli, l' A. esamina il *fatto giuridico*, che è la norma obbligatoria della condotta, norma che è il prodotto di una elaborazione psichica collettiva, e mira a garantire le condizioni di esistenza, ad assicurare la conservazione e lo sviluppo dell' aggregato sociale e delle unità che lo compongono. Per cui il diritto diviene un fattore di incivilimento.

Con queste indagini l' A. fa applicazioni uniformi a quelle del **Post.**

In ultimo a chiarimento del programma l'A. nota che v'ha sproporzione tra il diritto vigente e le idealità sociali giunte ad un più alto grado di intuizione etica e reclamanti la riforma di quello. Perciò la filosofia del diritto deve sollevare l'induzione storica ricavata dal passato a primo principio direttivo del presente e dell'avvenire, determinando la ragione, per cui gli scopi sono non solo desiderabili, ma anche necessarii.

Così la filosofia del dirito potrà da un lato rilevare il processo graduale, per cui nelle idee sociali intorno alla giustizia e negli istituti giuridici si attua sempre e più adeguatamente e in modo sempre più consapevole e riflesso la loro corrispondenza con ciò che impongono la natura delle cose, le leggi della vita e dello sviluppo — e dall'altro ottenere la dimostrazione scientifica della necessità razionale, che non solo continui questa corrispondenza, ma si faccia via via maggiore e si compia — Allora la filosofia del diritto non sarà più immobile — sarà invece progressiva, in quanto riflette la realità della vita sociale nel suo storico divenire. — Quell'ideale erompe dalle viscere stesse del reale, dall'esperienza del passato, da tutto il moto della storia, un ideale progressivo quanto lo è lo sviluppo sociale in cui deve attuarsi, un ideale necessario, perchè rappresenta ciò che avverrà, e simboleggia così la più alta realtà dell'evoluzione.

Quell'ideale afferma l'importanza della filosofia del diritto nello scibile moderno e nella giurisprudenza.

Questi i concetti dominanti in tutta la prelezione, che senza dubbio rivelano non solo la mente elevata, ma lo slancio dell'A. nella via nuova che la filosofia del Diritto coll'aiuto delle altre scienze deve tracciarsi. Egli fornito di forti studii e ben preparato entra nell'agone con impegnare una battaglia assai decisiva per la scienza — e quella prelezione dimostra la forza del gladiatore e la serietà del suo programma.

Parve però all'A. che la sua voce per il rinnovamento della filosofia del diritto secondo le idee da lui esposte nel *Programma* fosse troppo debole per imporsi agli studiosi. — E dopo due anni egli viene a pubblicare una serie di studii critici sopra il **Sumner Maine**, allo scopo di affermare cogli insegnamenti del **Sumner Maine** il suo *Programma*, e confortare la giustezza delle sue vedute filosofiche e critiche.

A mio modesto parere il nuovo lavoro, dal titolo: *Gli studii di Henry Sumner Maine e le dottrine della filosofia del diritto*, deve apprendersi come la integrazione dei principii esposti nella *Prelezione* coll'autorità del nome del **Sumner Maine.**

È inutile far rilevare che il **Sumner Maine** non fu un filosofo giurista — ma non può mettersi in forse che il **Sumner Maine** cogli studii storici ed in parte etnografici ha contribuito grandemente a gettare le nuove basi della scienza del diritto — ed è giustizia il raccogliere tutti i frammenti della dottrina filosofico-giuridica di **Sumner Maine** per incorporarla nelle dottrine della nuova filosofia del diritto.

Nessuno havvi che possa disconoscere il legame degli studii filosofico-giuridici. Il **Sumner Maine** più di tutti si è giovato di quest'intimo legame per

far la luce sulla costituzione filosofica e naturale delle primitive istituzioni giuridiche e sociali presso i primi popoli del gruppo indo-europeo. È della mente umana che sforzandosi in questa ricostituzione naturale e scientifica, egli affermi dei principii, i quali non solo fanno rivivere la storia, ma possono servire di base a una filosofia del diritto, che voglia essere il riflesso della realità, e che voglia costituirsi alla luce del metodo storico.

Forse il titolo dell' opera è stato troppo indeterminato — forse avrebbe dovuto correggersi con l'altro: *Contributo delle dottrine del* **Sumner Maine** *alla formazione della nuova filosofia del diritto*, perchè parmi che appunto l' A. abbia proposta a se stesso questa meta — ma è indubitato che qualunque sia il titolo dell' opera, l' A. ha reso un gran servigio alla scienza, raccogliendo tutti i frammenti filosofico-giuridici del **Sumner Maine** e analizzandoli o coordinandoli ai dati scientifici della filosofia del diritto.

L' A. ha seguito il metodo del **Post** in altro campo — Il **Post** a costituire la sua giurisprudenza etnologica mette sossopra gli usi e costumi dei popoli, a cui attinge gli elementi per spiegare la forma delle diverse istituzioni giuridiche dei popoli. — L' A. a costituire la filosofia del diritto raccoglie quei dati filosofici che sono la resultanza di studii storici, e ad essi informa il metodo di studio — Il programma dell' A. ora mai noto è appunto la ricostituzione scientifica e sociologica della filosofia del diritto — ed egli non potrebbe riuscire in questa ricostituzione a forza di elaborazioni mentali. L' A. ha voluto dimostrare in quest' opera che è necessità anche per la filosofia del diritto di ispirarsi a delle fonti, a raccogliere degli elementi filosofici da un ordine di studii storici, perchè più si avvicinano alla realtà. E questo l' A. ha saputo ben fare nell' opera che presenta al pubblico italiano.

L' A. infatti ben accenna il suo divisamento al §. 1° quando scrive: « Le ricerche del **Sumner Maine** sono storico-comparative, e quantunque non appartengano alla filosofia del diritto, le apportano preziosi contributi. — E questi contributi egli presenta, raccogliendoli da tutte le opere del **Sumner Maine.**

Dal metodo comparativo di questo, l' A. si sforza di trovare elementi per confermare il nuovo indirizzo della filosofia del diritto.

Dalle ricerche storico-comparative del **Maine,** che questi appella col titolo di *paleontologia giuridica*, *archeologia giuridica*, *embriologia giuridica*, l' A. si sforza trovare gli elementi per il substrato della nuova filosofia del Diritto.

Dagli sviluppi del Diritto Indo-Europeo che il **Maine** rileva per cercare di stabilire da quali cause dipendano e in quali modi si effettuino i cambiamenti del Diritto, l' A. si sforza di penetrare nelle più recondite parti del processo del Diritto, per cui le idee e le istituzioni giuridiche lentamente si trasformano, e di spiegare perchè avvenga che il Diritto progredisca o si arresti.

Così mentre il **Maine** studia la genesi e l' evoluzione del diritto a traverso le istituzioni sociali, e fa della filosofia del diritto in un campo tutto diverso che riguarda lo sviluppo storico di date istituzioni giuridiche, invece l' A. si giova di quelle ricerche per integrare continuamente il campo della filosofia del

diritto, e formare i teoremi fondamentali, che dovranno essere cardine del nuovo programma della scienza.

In proposito sono importanti: il §. sull'*origine del diritto*, dove l'A. facendo tesoro degli elementi storico-comparativi forniti dal **Maine** nella ricostruzione dell'idea del diritto, ferma i principii più sani e più realisti sulla materia — il §. sull'*evoluzione del diritto e la legge del progresso*, dove l'A. fa rilevare come il **Maine** non accetta l'evoluzione sociale come processo fatale — che invece il diritto primitivo del periodo consuetudinario si sviluppa spontaneamente, e nelle sue modificazioni non esercitino influenza o per lo meno pochissima la riflessione e la volontà; una volta poi incorporate le consuetudini in un Codice, le variazioni ulteriori, se hanno luogo, sono dovute ad un proposito deliberato e a un desiderio consciente di progresso.

E questi esami egli ha fatto con fine critica, con profondo studio, con giustezza di criterii.

Ambedue i lavori in Italia possono essere considerati come l'ultima parola della scienza giuridica nel movimento del pensiero filosofico-giuridico contemporaneo. Legando il movimento della nuova filosofia del diritto all'illustre nome del **Maine,** l'A. ha reso il più grande servizio alla scienza, facendo intravedere la necessità che si colleghino gli studii filosofici agli studii storici, e l'ideale delle istituzioni giuridiche al reale impresso ad esse dalla vita.

Questi due lavori del **Vanni** escludono la pretesa di coloro che affermano essere impossibile una costruzione scientifica della filosofia del diritto a base delle dottrine filosofico-positive; ed invece dimostrano che il problema va risolvendosi con vantaggio della scienza e della cattedra.

Amerei che gli studiosi di questa scienza continuassero la via ben tracciata dal **Vanni.**

Catania, Settembre 1892.

Prof. G. Vadalà-Papale

4. **Giovan Battista Impallomeni,** *Il principio specifico della penalità,* 1892.

Questa monografia venne pubblicata dall'A. nella *Rivista penale*, vol. XXXIII, ed è riassunta nel suo commento al Codice penale (*Il Codice penale illustrato*, Firenze G. Civelli, editore 1890) p. 147, 148, 149 e segg., del quale pure faremo cenno in questo stesso *Archivio.* Giurista di larghe vedute e di un criterio squisito, il ch. prof. Impallomeni ha cercato dimostrare come il principio specifico della penalità stia tutto nella *intimidazione.* « Quando si dice che il diritto penale è tutela giuridica, è difesa sociale, e simili, si dice una cosa vera, ma nulla che sia esclusivamente proprio del diritto penale ».

Questo principio specifico non consiste nella forza fisica repressiva della pena: 1° perchè tale proprietà è soltanto delle pene carcerarie, e nessuno ha mai contestato la razionalità di altre specie di pena: 2° perchè spesso i delinquenti si chiudono in carcere ancora quando si abbia ragione di credere cessate

in loro le cause di ricadere nel delitto: 3° anche i pazzi pericolosi si chiudono nei manicomi e le bestie malefiche o si uccidono o si mettono in gabbia, senza che perciò s'irroghi una pena: 4° nè varrà poi il dire che la pena attinga il suo carattere proprio dallo scopo di difendere la società, poichè resterà a sapersi in che il reato si distingua appunto dagli altri fatti nocivi, dall'opera nociva di un pazzo, di una persona incosciente, di un animale. Si potrebbe ancora chiedere qual sia la linea di demarcazione tra l'ingiusto civile, come si dice comunemente, e l'ingiusto criminale...... Inoltre quest'attività specifica della pena non consiste neanco nel male che per essa è inflitto, mentre, per quanto non se ne abbia l'intenzione, è un male anco per il pazzo la privazione della libertà ecc.... essa consiste dunque nella sua forza morale preventiva.... La pena, cioè, tende a intimidire, o a correggere, o a produrre l'uno e l'altro effetto insieme. Queste le idee dell'Impallomeni. Ma, facendo qui qualche osservazione critica, diremo che questo criterio della *intimidazione* come funzione specifica della pena fu testè combattuto. Si disse: 1° che anche gli alienati sono intimidabili: 2° che, per converso, non tutti i delinquenti sono intimidabili. La prima obiezione (facendoci per un momento a difendere le idee dell'A.) non ci sembra molto grave: 1° perchè non *tutti* i pazzi e non *in tutti i momenti* si possono reprimere colla vista di castighi e di ricompense: 2° perchè gli alienati sono intimidabili solo dai castighi *pronti ed imminenti*, i cui effetti e la cui imminenza sia sotto la loro vista materiale. Posto l'alienato in libertà, quando anche il Codice minacci le più terribili pene, egli che non se le vede imminenti e i cui effetti non ha sott'occhio attualmente, non è affatto intimidabile, mentre l'individuo non alienato calcola gli effetti futuri della pena sopra di lui. Più grave, invero è la seconda obiezione. Qui non voglio entrare nella controversia se esista o no un tipo di delinquente nato incorreggibile ecc. L'Impallomeni invoca l'esperienza (§. 5) per negarlo. Ma noi crediamo che l'esperienza qui non dia nessuna ragione in favore della tesi sostenuta dall'A. Potrei citare l'autorità non sospetta di preconcetti scientifici del Canonico (in *Riv. car.* 1885, 91) che afferma esplicitamente, dietro una visita di stabilimenti penali, la impossibilità di correzione per alcuni individui. Ma poi se si ammette sempre la intimidabilità e quindi la correzione (che alcuno disse *giuridica*) del colpevole, cade *ogni legittimità* delle pene perpetue. Se il delinquente è sempre intimidabile e quindi correggibile, la segregazione perpetua dalla società (pene perpetue) è una flagrante e patente ingiustizia, poichè la giustizia della pena nasce dalla sua necessità. E il Röder, il Girardin, Holtzendorff e Geyer non hanno sostenuto la *illegittimità* delle pene perpetue per questo stesso argomento? Ebbene, la universale opinione e la esperienza dei legislatori condannò le idee dei citati scrittori come mere utopie. L'Impallomeni sa benissimo che anche il nostro legislatore, stabilendo la pena dell'*ergastolo*, non si è fidato punto (e lo ha detto espressamente) di questa *sempre ottenibile* correzione e intimidazione del colpevole. L'esperienza universale purtroppo! gli ha sempre dimostrato l'opposto. Ora, questi individui agiscono per delinquenza congenita o acquisita? È una ricerca superflua quando i fatti e l'esperienza hanno dimostrato a tutti i legislatori la necessità di pene perpetue per alcuni delin-

quenti, non affatto intimidabili dalla minaccia nè tampoco dalla effettiva irrogazione della pena. Ma non basta; sorgono poi difficoltà pratiche al principio dell'intimidazione. Come si farà a trovare una pena che per il suo genere e la sua quantità sia atta ad intimidire una folla di delinquenti organicamente e psichicamente tanto eterogenea? Anche qui i legislatori informino. Ma mi spingo più innanzi e domando: la intimidazione e la coazione è propria soltanto della legge penale? È possibile che vi siano leggi senza forza coattiva? Credo, invece, che tutte le leggi (a meno di restare lettera morta) debbono avere un carattere più o meno spiccato di coazione, altrimenti non sarebbero leggi, ma semplici precetti morali ecc. Una coazione vera e propria esiste anche nelle leggi civili. Il timore di perdite patrimoniali, la decadenza di alcuni diritti vantaggiosi ecc., fa compiere una serie di disposizioni fiscali e procedurali, che altrimenti nessuno adempirebbe. A volte la inosservanza di una legge civile o commerciale può cagionare all'individuo una pena più grave, (come in qualche caso la perdita dell'intiera sua sostanza patrimoniale) che non il Codice penale con le semplici sue ammende (specialmente a un delinquente ricco), con l'esilio ecc. Gli è che il carattere di coazione è inerente a qualsiasi legge. Perfino le leggi biologiche debbono la loro osservanza alla coazione. Chi di costituzione debole si astiene dall'abusare della salute, ad onta che a ciò lo spingano le sue tendenze, è spaventato (benchè anche qui non manchino i non intimidabili) dai dolori e dalle susseguenti infermità. Ed ora un'ultima osservazione. Quello che non so comprendere sono le parole dell'A. ove dice: « i delinquenti si chiudono in carcere anche quando si abbia ragione di credere cessate in loro le cause di ricadere nel delitto, senza che perciò sia meno legittima l'irrogazione della pena ». E perchè mai l'Impallomeni chiama legittima una tal pena senza nessun scopo? Con la teoria della *espiazione* solo potrebbesi chiamare legittima una pena che perdurasse finita la sua necessità. E ciò è tanto vero che la liberazione condizionale e la pena indeterminata sono i rimedi per non prolungare la repressione quando « si abbia ragione di credere cessate nei delinquenti le cause di cadere nel delitto ». Ecco i dubbi, anche prescindendo da altre ragioni scientifiche, che ci hanno trattenuto dall'accettare le idee del ch. professore. Ma avremo tra poco a tornare sopra altre idee dell'Impallomeni in una prossima rivista del suo bel commento al Codice penale. Del resto, ad onta di questa piccola divergenza di opinione, riteniamo il prof. Impallomeni come uno dei migliori giuristi della nostra epoca. È difficile trovare chi possa uguagliarlo nella larghezza di vedute e nella squisitezza dei criteri.

FRANCESCO MAGRI

5. **Avv. Umberto Farese,** *Saggio sul naturalismo e il positivismo in rapporto al diritto penale.* Napoli, Tipografia Pontieri 1892.

« Il presente volume, scrive l'A. nella prefazione, non è che una propedentica allo studio sulla scuola penale positiva, la quale, secondo l'A., ha esagerazioni e difetti, ma ha pure pregi moltissimi ed importanti ». Però da questo

primo saggio del sig. Farese si comprendono già i principî che formeranno il cardine del 2° volume, nel quale *ex professo* tratterà della « *Sociologia criminale e scienza del diritto criminale e penale* » ecc.

Intanto, in questo primo saggio, comincia dalle *nozioni storiche intorno al naturalismo* (cap. I), da Talete fino ai nostri giorni. Certo in tante poche pagine riassumere tutta la istoria delle dottrine naturalistiche, dalla Grecia fino a noi, era cosa impossibile, tuttavia l'A. riesce a farne una quadro abbastanza esatto e chiaro. Nel cap. II l'A., dopo aver parlato dei precursori dell'evoluzionismo, riassume bellamente con molta chiarezza la dottrina evoluzionista: riassume molto bene la dottrina darwiniana della lotta per l'esistenza e conseguente elezione naturale, dell'eredità ed atavismo, le leggi della variazione ecc. Al §. 14 riporta le obbiezioni alla teoria evoluzionista e tratta del loro valore. L'A. ritiene che queste siano serie ed efficaci. Ma, a dire il vero, l'A. poteva a questa parte aggiungere ancora altre obiezioni contro la teoria darwiniana, di non leggero valore, come quelle del Wallace, del Broca sulla selezione, del Wagner sull'incrociamento ecc. La conclusione di questo capitolo è, che secondo il Farese non può in nessun modo esistere continuità tra gli animali e l'uomo. Secondo lui « la lotta morale e il pensiero riflesso » staccano l'uomo dalla scala zoologica, e rendono impossibile ogni anello di congiunzione. Però a voler essere spassionati (poichè, come ben dice Darwin, nelle nostre questioni il sentimento e i vecchi pregiudizi giuocano molto) facciamo osservare all'A., che, invece di dare tanta importanza alla mancanza delle forme intermedie (p. 44) e agli altri obietti opposti ai principî dai quali Darwin ha fatto dipendere l'evoluzione delle specie, un esame imparziale avrebbe richiesto che, al disopra di tutto questo, fosse posto l'argomento capitale (la cui importanza a nessuno può sfuggire) in favore della dottrina evoluzionista che è l'embriologia. È appunto questo argomento, che Husley chiama capitale in favore dell'evoluzionismo, che viene accennato come cosa di poco momento dall'A. che dà importanza, invece, ad altri punti e principî della teoria che non sono per niente decisivi. Ciò osserviamo per un esame imparziale. Nel cap. III « *Il darwinismo materialistico* » l'A. riferendosi ad una espressione di Darwin, dichiara essere una mera pretensione del darwinismo materialistico lo spingersi fino alla ricerca sull'origine della vita e dell'intelligenza. E qui, dopo aver protestato contro le idee di Häckel, di Moleschott, Vogt ecc. come pure esagerazioni, il Farese ripristina la dottrina spiritualistica. « Lo spirito è qualche cosa di tanto reale che nulla più. Lo spirito è solamente conoscibile collo spirito che si riflette sopra sè stesso, ed è l'unità della coscienza che coglie sè stessa al disopra di ogni osservazione sensibile » — « Astraete lo spirito dalla materia, e vi troverete nel vuoto » — « Spirito e materia sono la stessa cosa, una unità sola » — « Il pensiero nasce nel cervello, ma la sua genesi mentre è in esso, è superiore alle forze della natura » p. 58 e segg. Questi i principî dell'A., o meglio, della filosofia comune che accetta l'A. Certo, andare a cercare oggi nel positivismo una dottrina esatta, come fa l'A., su l'origine della vita e dell'intelligenza è troppa pretensione, nè credo che Häckel nè gli altri abbiano nep-

pur sospettato di far luce meridiana sopra tali profondi problemi rispetto ai quali, come dice il Maudsley, ben piccole difficoltà ha tutta la meccanica celeste.

Se non che, di fronte agli studî della fisiologia e della patologia che dimostrano la dipendenza assoluta del pensiero dalla costituzione e dai cambiamenti della sostanza cerebrale, bene oscura (e ciò osservo per un esame imparziale tra il positivismo e la metafisica al quale, in fondo, si dovrebbe ridurre il libro del Farese) bene oscura ed enigmatica, dico, mi sembra quest'altra proposizione della filosofia comune, accettata dall' A., che: « il pensiero nasce nel cervello, ma la sua genesi mentre è in esso, è superiore alle forze della natura » !!

Con questi principî il Farese si fa nel cap. IV ad esaminare le applicazioni della dottrina evoluzionista al diritto penale. Ne consegue che per lui esiste il libero arbitrio quantunque chiuso « in una cerchia assai ristretta di azioni »: che il delitto non è un fenomeno (p. 69) naturale a guisa della nascita e della morte: che il diritto di punire va cercato solo nella necessità etica, ma non nella necessità della conservazione dell' organismo sociale. E su tale argomento l' A. fa distinzioni troppo sottili. Eccone un saggio: distingue nella società due organismi: uno naturale, l'altro etico. Si punisce per la conservazione dell' organismo etico, ma non propriamente per la conservazione dell' organismo naturale. Infatti « la società come organismo naturale nulla avrebbe a temere da tante migliaia di delinquenti (ammesso che si lasciassero liberi); saremmo invece colpiti di spavento e d' orrore avendo d' occhio non l' organismo naturale, ma l' organismo etico, che ne resterebbe sconvolto » (p. 69). Ma chi non vede quanto poco esatta sia questa conclusione? Che cosa è infatti l' etica? quale la sua funzione sociale? Senza ricorrere alle dotte osservazioni di sociologi come Schäffle, Spencer ecc., perfino la filosofia comune ci dice, che l' etica è la forza di *coesione* dell' organismo sociale. Fate sparire la forza di coesione e vedrete che anche l' organismo naturale sociale si disgregherà. E allora chi non vede quanto poco fondata sia l' osservazione del Farese, poichè l' etica, il diritto sono le forze della società, e quindi o diciate che punite per difendere il diritto e per difendere l' etica, o diciate che punite per difendere l' organismo sociale, il fatto è che senza etica e diritto un organismo sociale elevato non può esistere; quindi è sempre la stessa cosa, e ogni scissione in proposito è tanto possibile, quanto in fisica lo scindere le molecole da una parte e la forza di coesione dall' altra, e concludere che le molecole (anche senza forza di coesione) potrebbero formare il corpo che si esamina! Poco felice è pure il modo col quale l'A. critica la dottrina della selezione proposta da Garofalo e Lombroso ecc. Il resto del libro è diretto a confutare e ad esporre la filosofia positivista. E parla, in ultimo, della imputabilità. L'A. è seguace del sistema così detto della *normalità*, già sostenuto dal Poletti, per cui l' agente di una data azione, per esserne responsabile, dovrà presentare in sè quello stato che la scienza reputerà necessario a costituire l' uomo normale. È inutile ripetere le solite obiezioni contro questo sistema. Il Farese vuole che la volontà sia autonoma, « e *l' autonomia* v' è sempre quando la motivazione si svolga e si compia *in chi è sano di mente* »: in costui la volontà è « *umanamente determinata* », mentre in

colui che è affetto da qualche *psicopatia* « è fatalmente necessitata ». Pare impossibile che un uomo di valore, com'è il Farese, si contenti di frasi e parole che in fondo non significano nulla. Cosa vuol dire determinismo *umano* e determinismo fatale? Quando dite determinismo, dite necessità, dite legge di casualità, lo addolciate o no con l'appellativo di *umano*. Il determinismo appella ad una dinamica, cause ed effetti, azioni e reazioni; sia l'uomo normale o anormale, è sempre lo stesso; quelle che giuocano sono le sue forze fisio-psichiche, i motivi esterni ecc. Dunque questo determinismo umano non è che parole. Insomma, questo libro del Farese, se è pregevole perchè riassume con molta chiarezza e precisione le dottrine positiviste, dal lato critico (egli critica opponendo i soliti sillogismi della filosofia comune) e delle teorie professate dall'A. non offre molto interesse. Invece d'essere uno sforzo per far progredire la scienza (e all'A. non manca davvero nè ingegno nè coltura) con nuove e positive osservazioni con cui colmare le lacune dei moderni studi scientifici, il Farese ritorna più o meno agli antichi sistemi metafisici.

FRANCESCO MAGRI.

6. **Carlo D'Addosio**, *Le bestie delinquenti.*

I.

È il titolo di un lavoro dell'egregio giovine avv. *Carlo d'Addosio* preceduto da una prefazione di *Ruggero Bonghi.*

È una pagina storica della umana aberrazione nei suoi rapporti col diritto punitivo, rappresenta una delle tante fasi della evoluzione giuridica avente un obbiettivo sociale-zoologico-giuridico.

La delinquenza degli animali e le sue cause impulsive hanno una ricca letteratura.

Dopo che *Houzeau*, *Büchner*, *Romanes* applicarono lo studio della zoologia alla psicologia comparata, dopo che *Espinas*, *Letourneau*, *Vignoli* lo applicarono alla sociologia, e che *Cognetti de Martiis* e *Rabbeno* lo applicarono alla economia politica, era cosa naturale che il *Lombroso*, il *Ferri* e il *Lacassagne* lo applicassero all'antropologia e alla psicologia criminale, descrivendo la loro delinquenza, e paragonando certi caratteri fisici del delinquente nato con quelli degli animali, stabilendo d'accordo col *Sergi l'atavismo preumano.*

Topinard, *Letourneau*, *Brehm*, *Rousse*, *Franklin*, *Avvsiter*, *Huber*, *Scarcey*, *Houzeau*, *Harachequesne*, *Chaillur*, *Neander*, *Figuier*, *Renan*, *Leroy*, *Camerano*, *Lessona*, *Garofalo*, *Colajanni*, *Sergi*, *Francotte* accennano alla delinquenza degli animali.

Il *Ferri* nel suo dotto lavoro sull'*Omicidio tra gli animali* ne svolge i diversi moventi psicologici e patologici, ne dimostra l'attività criminosa spinta anche da uno stato morboso, come quella specie di cleptomania da alcoolismo descritta nelle api.

Prima di accennare i pregi dello studio del *D'Addosio*, crediamo utile un cenno relativo all'aberrante teorica dell'imputabilità degli animali.

Conveniamo che l' uomo appartiene secondo *Sikorski*, *Spencer*, *Darwin* ecc. alla serie zoologica, che dal punto di vista dell' anatomia comparata riproduce i caratteri della grande maggioranza degli animali, che uccidono e saccheggiano per vivere; ma non perchè le osservazioni nel mondo degli animali danno per risultanti furti, rapine, uccisioni criminose, pervertimenti sessuali, presentando evidente psicologico riscontro con quanto avviene nel mondo della criminalità umana, provocati, secondo il *Ferri*, dalla lotta immediata per l'esistenza; non perchè il delinquente nato, secondo il *Lombroso*, per la sua grande mascella, per le grandi orbite, e gli occhi iniettati di sangue, ha molta somiglianza agli uccelli di preda; non perchè taluni naturalisti hanno creduto vedere un parallelismo tra la gerarchia morfologica e quella psichica morale; non perchè i moventi psicologici e patologici del delitto, amore, cupidigia, odio, vendetta sono eguali a quelli che mantengono viva la criminalità nel mondo umano; non perchè secondo il *Sergi* nelle serie animali la mentalità si sviluppa egualmente che certi organi e certe funzioni indipendentemente dalla posizione che occupa una data specie o un dato genere di animali; non perchè negli animali, specialmente nei vertebrati superiori, si possa avere un lontano concetto della pena; non perchè finalmente, come affermano taluni antropologi e sociologi, nel mondo degli animali si trova allo stato embrionale il delitto, e allo stato embrionale l' idea del pentimento e della pena, si ha da conchiudere che l'animale sia da paragonare all' uomo, mammifero per quanto si voglia, e ritenerlo responsabile penalmente come l' uomo.

È un concetto per gli antropologi, sociologi, biologi, naturalisti molto esagerato, e per noi aberrante e ridicolo.

Sentiamo fino ad un certo punto la pietà verso le bestie, la zoofilia, e comprendiamo le società protettrici degli animali, ma non sentiamo il principio della penale responsabilità degli stessi.

Non ammettiamo neppure il dubbio manifestato, nella prefazione al libro, dal *Bonghi*. Comprendiamo che tutto è possibile nella modernità, dall'inetto chiamato a reggere i destini d' una nazione, all' apostolato dell' anarchico che intende tutto distruggere per riedificare nell' ordine sociale, ma questi si chiamano grandi errori, infelici utopie.

Non perchè i semi di canape indiana e l' oppio fumati dagli orientali dànno sulle prime eccitamento a furore omicidiario, non perchè il fungo avvelena, se ne ha da dedurre come conseguenza la punizione di essi per il danno individuale e sociale inconsciamente prodotto.

Avrebbe del ridicolo, il giudizio penale contro l'ape ladra, il topo che rovina un vestito, l' insetto che morsicando uccide, e contro altre bestie delinquenti.

Sarebbe curioso vedere una bestia scontare l' inflitta pena, magari in un carcere penitenziario per poterla moralmente riabilitare.

Ammettendo anche la teorica dell'atavismo bestiale o preumano di taluni antropologi criminalisti, *Ferri*, *Lombroso*, *Sergi* ecc. o quella delle *Società animali* dell'*Espinas*, *Comte*, *Perrier*, *Guyau*, *Tarde*, *Brehm*, non si può neppure vagheggiare come utopia realizzabile la penale responsabilità; poichè nessuno

utopista ha il diritto di distruggere tanti secoli di progresso per ritornare ai tempi della barbarie.

Non è questione della teorica del *Vico* e di quella opposta del *Condorcet*, *Amari*, ecc., ma di reversione atavica, di regressismo, mai di evoluzione.

Fra l'uomo e l'animale corre un abisso, scrive il *D'Addosio*.

Un atavismo medioevale sarebbe cosa propria da folli.

Fermati questi criterî generali, che trovano un'eco nella scienza e nella storia, due parole sullo studio del *D'Addosio*.

È un lavoro curioso e bizzarro, scrive nella citata prefazione il *Bonghi*.

Per noi è una pagina storica del diritto penale medioevale, bizzarra, curiosa, ma molto accurata, e che alle idee sociologiche accoppia bene i concetti storici, e le leggi dello stile, che lo fa leggere tutto d'un fiato.

Accenna nel capitolo 1° i concetti della scuola reazionaria, l'*automatismo*, e della opposta, la *darwiniana*, e da quest'ultima fa un salto alla nuova scuola penale.

Non dividiamo le idee dello scrittore, relativamente a questa scuola, sulla quale molto si è scritto da chi superficialmente ne ha studiato i criterî di base, e non ha letto neppure le prime pagine de' molti volumi che oggi essa vanta.

Nella modernità, direbbe il *Bovio*, vi stanno molti pettoruti, che con i loro altosonanti concetti fanno ridere di un riso convulso i modesti cultori della scienza, gli uomini educati ai grandi ideali delle grandi figure, quasi tutte tramontate, spente dalla legge eterna, che regola l'organismo umano.

L'era moderna, l'ambiente, che avvolge uomini e cose — vita individuale e vita sociale forse è la causa prima dell'anemia individuale e sociale.

Prima la lotta per l'esistenza politico-sociale era dura, permanente, solenne, nella modernità è ad acqua di rosa.

Dopo pochi sforzi si arriva ad ottenere l'ideale dell'uomo ambizioso, elevati posti, magari la direzione de' destini d'una nazione.

È l'epoca fino ad un certo punto non solo intellettualmente degenerata, ma pure moralmente fino ad infangare le pagine di un giornale, enumerando le virtù ghigliottinesche di un carnefice, del *Deblier*, ed i vantaggi del sistema elettrico applicato allo sgozzamento ufficiale di un condannato; le idee politiche di un *Ravachol* basate sull'assassinio e sul furto.

Potenza di progresso!!

La lotta per l'esistenza economica, la lotta per il diritto sono solenni, ma la lotta per l'*io* sociale è da compiangersi.

Ed oggi come il verismo è l'ambiente della letteratura moderna, il proprio tornaconto, nelle sue relazioni con l'*io* individuale è l'ambiente sociale.

II.

Ritornando al lavoro del *D'Addosio*, non abbiamo potuto che ammirare lo studio accurato, paziente de' processi penali e civili sulle bestie nel medio evo.

Dopo la dimostrazione storica della evoluzione del sistema relativo ai processi penali, civili, e di bestialità medioevale; dopo averci fatto assistere nei capitoli III, IV e V, al poco edificante spettacolo di troje, asini, galli, pulci, sanguisughe, talpe, sorci, bruchi ecc. ecc. ghigliottinati, condannati a ridicoli processi civili sia in Francia che in Italia, ne' capitoli VI, VII, VIII, IX e X esamina il perchè il medioevo processò le bestie, l'elemento storico della delinquenza delle stesse, e quindi l'elemento giuridico nel diritto antico, nel diritto medioevale e nel diritto giurisprudenziale; nel Capitolo XI, *Le bestie nel gius dell'avvenire*, spezza una lancia contro la nuova scuola penale.

Con criteri che non dividiamo sostiene che: « *Le teorie della nuova scuola penale positiva per chi ben le intende e da esse vuol trarre le inevitabili conseguenze logiche, menerebbero invece al ripristinamento del processo animalesco parificato questo in tutto e per tutto al processo all'uomo.* »

Francamente chi ben intende le teorie della nuova scuola, non può che meravigliarsi dell'assunto erroneo.

Nessuno oppugnatore anche sistematico della nuova scuola si è permesso trattar così uomini di un valore scientifico incontrastabile, da godere taluni la fiducia del Governo, per i posti elevati che occupano. Ma possibile che uomini di nobili ideali, come *Lombroso*, *Ferri*, *Garofalo*, *Puglia*, *Mayno*, *Zuccarelli*, *Bianchi*, *Verga*, *Sergi*, *Rossi*, *Penta*, *Loschi*, *Virgilio*, *Prins*, *Lacassagne*, *Drill*, *Lichatschow*, *Le Gell*, *Heil*, *Benedikt*, *Litzst*, *DeKerattian* ed un'altra infinità di scrittori italiani, tedeschi, russi, spagnoli, inglesi possano vagheggiare la rosea, brillante idea di ricacciare l'umanità ai periodi medioevali, nei quali le bestie venivano parificate all'uomo mettendo allo stesso livello il capolavoro della creazione e l'insetto de' campi? e propugnare un sistema le cui conseguenze sarebbero quelle di assistere allo spettacolo poco edificante di un pulce, di un bruco, di un serpente, di una formica ecc. condannati magari all'estremo supplizio, o citati dinanzi il magistrato competente per subire in contumacia una condanna civile, dopo il ridicolo espletamento delle forme tutte procedurali?

Lo ha scritto sul serio l'egregio giovine *D'Addosio?*

Accennano taluni della nuova scuola, alla teoria dell'atavismo bestiale o preumano, al principio che non è l'uomo primitivo che ricomparisce nel delinquente, specialmente in quello nato, ma le bestie, teoria propugnata da *Sergi*, *Rant*, *Lombroso* ecc., ma da questo concetto a quello della penale responsabilità vi sta un abisso.

Non perchè *Aristotile*, *Strabone*, *Enesidemo*, *Parmenide*, *Filone*, *Pittagora*, *Timeo*, *Boezio*, *S. Agostino* ed altri scrittori citati nel Capitolo VII dal *D'Addosio* sostengono che le bestie hanno comune con l'uomo l'intelligenza, la coscienza, la religione, la parola, fino ad essere edotte nelle greche e latine lettere *graeco atque latino sermone dociles* — sic — ne resultava per logica conseguenza la incriminabilità e la punibilità delle loro azioni delittuose, *Thonissen*.

La nuova scuola ha molti critici — Ogni idea nuova, scrive *Spencer*, per molti motivi è l'obbietto di vivi attacchi.

Ma nè *Buccellati*, nè *Canonico*, nè *Pessina*, nè *Brusa*, nè *Carrara*, nè *De Mauro*, nè *Barsanti*, nè *Mecacci*, *Gabelli*, *Benevolo*, *Innamorati*, *Tuozzi*, *Arabia*, *Guerra*, *Fulci*, *Turati*, *Colajanni*, *Battaglia*, *Mantegazza*, *Vaccaro*, *Impallomeni*, nè l' umorista ma dotto scrittore del *Florilegio positivo* della Rivista Penale, il *Lucchini*, ecc. in Italia; nè *Gretener*, *Wulfert*, *Torres Campos*, *De Aramburo*, *Fournez*, *Slanos y Torriglia*, *Zindorfer*, *Rolin*, *Proal*, *Bolillier*, *Tarde*, *Féré*, *Francotte*, *De Vence* ed altri all' estero han mai sognato nelle loro critiche far tale appunto di regressismo ad uomini radicali evoluzionisti.

Il *Ferri* nella sua calma critica ai critici della nuova scuola non accenna a questo nuovo ed originale appunto del *D' Addosio* cioè al processo alle bestie come conseguenza logica della nuova scuola penale.

Non è proprio d' una recensione accennare i principî della nuova scuola nell' ultima fase, che escludono un tal regressismo, tal ritorno alle aberrazioni medioevali.

Si legga la nuova opera del *Ferri* « La sociologia criminale », e con specialità la conclusione e si resterà convinti del vero obbiettivo giuridico-sociale della nuova scuola.

Giuristi della forza di *Ellero*, *Pessina*, *Brusa*, *Buccellati*, *Tolomei* ed altri che il *Ferri* nella sua Sociologia criminale chiama eclettici, in un certo tal modo incominciano a dividerne talune idee, e *Colajanni*, *Fulci* ed altri sociologi si avvicinano al nuovo indirizzo degli studii sul Diritto penale. — Si legga su tale concetto il dotto lavoro del *Frassati* « La nuova scuola di diritto penale in Italia ed all' estero » e l' ultimo « Lo sperimentalismo nel diritto penale ».

L' indirizzo moderno del pensiero scientifico non solamente anima lo studio della scienze tutte sociali e giuridiche, come l' Economia politica, il Diritto pubblico ecc., ma quello pure del Diritto civile, per liberarlo da alcuni avanzi teorici del vecchio diritto inspirato a condizioni economiche e sociali troppo diverse da quelle del mondo moderno sempre più spinto nella corrente dell' esagerato individualismo.

Secondo il ragionamento dell' egregio giovine *D'Addosio*, i lavori sul nuovo indirizzo del Diritto civile del *Bolaffio*, *Cogliolo*, *Vadalà-Papale*, *Gianturco*, *Cimbali*, *Chironi*, *Paolucci*, *D' Aguanno*, *Cavagnari*, *Majorana*, *Fioretti*, *Piccione*, *Salvioli*, *Saint-Marc*, *Gierke*, *Menger* ecc. per logica conseguenza non avrebbero altro obbiettivo che quello di risospingerci ai processi civili medioevali, cioè alla citazione degl' insetti, sanguisughe, *lumaconi*, bruchi, locuste, pulci, sorci ecc.; perchè è l' indirizzo della nuova scuola positiva che si cerca in tali lavori di adottare.

Nel grave svolgimento di una tesi scientifica non si è mai ammesso l' umorismo; ma anche per un momento ammesso, neppure a base umorista si può accennare tale assunto.

I principî della nuova scuola penale e specialmente dell' ultima fase non sono un mistero: si conoscono da tutti i cultori del diritto.

La scuola positiva di diritto criminale — *La scuola criminale positiva* (Conferenza) — *I nuovi Orizzonti* e la *Sociologia criminale* del *Ferri* — *La*

Polemica in difesa della scuola criminale positiva del *Lombroso*, *Ferri*, *Garofalo* e *Fioretti* — *L'Anthropologie criminelle et ses recents progres*; *L'anthropologie et la criminalité; Les dernieres decouvertes de l'anthropologie criminelle* di *Lombroso* — *La nuova fase evolutiva del diritto penale; Risorgimento ed avvenire della scienza criminale* del *Puglia* — *La nuova scuola di diritto penale in Italia ed all'estero* del *Frassati* — *La scuola positiva di diritto penale* del *Mayno* — *La teoria antropologica dell'imputabilità e dati fondamentali di antropologia criminale* di *Paolo Riccardi* ed altri lavori del *Monnier*, *Perez*, *Caballero*, *Lichatschow*, *Morote*, *Le Gall*, *De Kerallian*, *Drill*, *Perez*, *Oliva*, *Lichinchi*, e di altri scrittori italiani, francesi, tedeschi, spagnoli, russi nettamente ne delineano i criterî generali.

L'assunto fondamentale della nuova scuola positiva di Diritto penale consiste nello studiare la genesi naturale del delitto nel delinquente e nell'ambiente in cui vive, per adattare giuridicamente alle varie cause i diversi rimedî.

Dessa non si presenta per abbattere tutto quanto si è fatto finora nella scienza, ma si presenta invece come uno svolgimento ulteriore di questa stessa scienza criminale di cui essa accetta quella parte di principî e di teoriche che si mostran vere dalla osservazione de' fatti, criterio unico di quella scuola. Ecco l'ultima fase della nuova scuola penale tanto osteggiata, e tanto, bisogna convenire, calunniata.

Il *D'Addosio* afferma che sostituendo al libero arbitrio il criterio della temibilità, a quello della morale responsabilità quello del danno, alla responsabilità penale quella sociale, è conseguenza logica del sistema propugnato dalla nuova scuola, la incriminabilità e la punibilità degli animali.

Il sistema relativo alla funzione sociale del diritto di punire della scuola positiva conveniamo che è discutibile, ma da questo concetto a quello dello scrittore vi sta lo spazio.

L'affermazione conseguenziale del principio informatore della nuova scuola penale viene sistematicamente negato da tutti gli scrittori radicali o eccletici sostenitori de' criterî fondamentali della nuova scuola (*Ferri*, *Lombroso*, *Garofalo*, *Colajanni*, *Morro*, *Angiulli*, *Puglia*, *Sergi*, *Haeckl* ecc.)

Lo stesso *Albrecht*, che nell'*homo sapiens* vede una scimmia d'ordine inferiore, non arriva alle conseguenze del *D'Addosio*.

Il *Lacassagne* nella sua Conferenza: *L'homme criminel comparé à l'homme primitif*, non ha mài sognato tale idea, che non si trova neppure in forma di embrione in scrittori della forza del *Maury*, *Monnier*, *Espinas*, *Foville*, *Prins*, *Tamassia*, *Drill*, *Soury*, *Lichetschow*, *De Keralliani*, *Zuccarelli*, *Tenchini* ecc.

Parlare poi di libero arbitrio è cosa che importa regresso scientifico, reversione atavica.

La teorica del libero arbitrio o libertà morale è stata dalla scienza sepellita fin da *Romagnosi*, che con la sua teorica della spinta criminosa e controspinta penale ha dato una implicita negazione al libero arbitrio, come osservano *Rossi* e *Mancini*.

Evocare poi il libero arbitrio è poco serio dopo i lavori del *Mill*, *Schopenhauer*, *Fouillée*, *Fonsegrive*, *Richet*, *Fischer*, *Notovich*, *Kurt*, *Koreiefl*, *De Kerallian*, *Levy*, *Brnhl*, *Ferri*, *Puglia*, *Ellero*, *Manzi*, *Ardigò* ecc. — dopo la pubblicazione del nuovo diritto penale nazionale, che fonda la penale responsabilità sul criterio della volontarietà, (relazioni *Zanardelli* e *Villa*) — e dopo i lavori dei giuristi appartenenti ad una giovine scuola classica, che modificando le vecchie e metafisiche idee sulla volontà, o dichiarano di voler fondare una teoria dell' imputabilità senza ricorrere al criterio del libero arbitrio, oppure riconoscono nell'uomo la esistenza, non più di un'assoluta libertà morale, ma bensì di un libero arbitrio più o meno limitato da qualche circostanza sempre esistente in ogni singola azione, la teoria della libertà relativa della volontà limitata del *Buccellati*, *Canonico*, *Pessina*, *Ellero*, *Brusa*, *Tolomei*, *Bovio*, *Prins*, *Rolin*, *Ioly*, *Krafft-Ebing*, *Ziino*, *Riant*, *Garraud* ecc. — dopo la scuola della libertà relativa della volontà ideale, per il motivo di contraddizione per il fattore personale del *Fouillée*, *Schopenhauer*, *Siciliani*, *Wautrain Cavagnari*, *Fulci*, *Levy*, *Bruhl*, *Magri* — dopo la scuola della libertà dell'intelletto del *Kleinschrod*, *Hälschner*, *Berner*, *Schütze*, *Holtzendorff*, *Liszt*, *Vida*, *Conti*, *Laurent* ecc. — del sistema della intimidabilità del *Dubuisson*, *Impallomeni* ecc. — della teorica della normalità del *Poletti* — della scuola della identità personale e somiglianza sociale del *Tarde* — della teoria mista del *Siliò y Cortes* — di quella del così detto positivismo critico del *Carnevale*, che nel mentre dimostrano la influenza delle scienze bio-psicologiche, provano come l'affermazione dei criterî giuridici affatto opposti a quelli comuni del libero arbitrio non possono ritenersi regressivi *animaleschi*, come par che li voglia ritenere il *D'Addosio*, ma eminentemente evoluzionisti, progressivi, per nulla sentimentali o rettorici, come taluni giuristi, che dimenticando la libertà e la vita delle vittime non pensano che al solo delinquente, il quale, perchè secondo *Holtzendorff* è aumentato il valore della libertà personale merita solo tutte le guarentigie possibili ed immaginabili, magari quella dell'assoluzione, alla quale spesso si giunge dal Giurì e dalla scienza di quei tali che censurano il nuovo codice penale, perchè non ha ammesso una generale mitigazione delle pene, l'abolizione completa di ogni pena perpetua e le circostanze attenuantissime, la divinazione della delinquenza (*Orano*, *Holtzendorff*, *Bozérian*, *Grandperret*, *Bertheau*, *Hugues*, *Leloir*, *Garofalo*, *Barzilai*, *Ferri*, *Cavagnari*, *Tomaiuoli*, *Cazzaniga*, *Turati*) — ed infine della scuola giuridico-sociale, della scuola positiva, per la quale il diritto di punire non è altro che una funzione vitale di conservazione, indipendente da ogni condizione di libertà morale e di morale colpabilità nell' individuo delinquente, non riconoscendo nel ministero punitivo che una pura funzione sociale, la sola natura di funzione difensiva e conservativa della società, indipendente tal funzione da ogni criterio di libertà morale o di morale colpabilità nell' individuo (*Ferri*).

Tali teorie provano, come dice il *Levy Bruhl*, che l'antica e vaga nozione di responsabilità è ben morta; il compito del sociologo non è di galvanizzarla, ma di cercare ciò che può entrare al suo posto nella coscienza viva dell'umanità.

I positivisti nel diritto di punire e di reprimere i delitti commessi opinano che la società non debba vedere altra funzione da quella infuori di una pura e semplice difesa o conservazione dell'ordine sociale. (*Ferri*, *Garofalo*, *Puglia*, *Beaussire*, *Fouillée*, *Bain*, *De Greef*, *Zani*, *Cogliolo*, *Molinàri*, *Paolucci*, *Schiattarella*, *Vanni*, *Pellegrini*, *Letourneau*, *Gneist* ecc.)

La scuola positiva nel sostenere che non esistendo il libero arbitrio o volontà libera, non esiste neanche la responsabilità o colpabilità o imputabilità morale, e che per aversi la responsabilità penale basta la imputabilità fisica del delitto, ed il concorso di altre condizioni oggettive e soggettive, forma i seguenti criterî di base:

a) Affermazione essere il ministero punitivo una pura e semplice funzione di difesa sociale;

b) Indipendenza della responsabilità penale dalla responsabilità morale, dalla libera volontà e conseguente colpabilità morale dell'individuo agente, del delinquente;

c) Sostituzione di un criterio veramente positivo e superiore ad ogni disquisizione teologica o filosofica, il principio della responsabilità sociale o giuridica;

d) Indipendenza della sanzione sociale dalla colpa morale del delinquente, che varia di qualità e di grado secondo le circostanze speciali dell'individuo agente e dell'atto compiuto, e della società in cui vive.

Questa teoria sociologica propugnata dai psicologi e medici alienisti, *Stuart Mill*, *Despine*, *Fouillée*, *Mandsley*, *Spencer*, *Ardigò*, *Lombroso*, *Le Bon*, *Kraepelin*, *Dally*, *Lacassagne*, *Mingloff*, *Guyan* ecc., e dai sociologi e giuristi *Boëns*, *De Greef*, *Ieanvrot*, *Von Arnoldi*, *Vesnitch* e da tutti i seguaci della scuola criminale positiva, è stata svolta splendidamente dal *Ferri* nell'ultima sua opera *La Sociologia criminale*.

Accenna agli animali il *Ferri*, ma per l'unica ragione che, trattandosi, in ultima analisi, di determinare la natura di una funzione sociale qual'è il diritto di punire e l'indirizzo suo nell'avvenire, fa d'uopo conoscerne anzitutto gli elementi biologici e sociologici, ond'esso si plasma.

Hanno scritto sugli animali *Buchner* « La vie psychique des bêtes », *Lubbock*, « Fourmies, Abeilles et Guèpes, et le sens et l'instinct chez les animaux », *Romanes* « L'intelligence des animaux », *Brehm* « La vita degli animali », *Espinas* « Le sociétes animales », *Letourneau* « L'evolution juridique », *Figuier* « La vita e i costumi degli animali », *Lacassagne* « De la criminalité ches les animaux », *Roberts* « Les animaux sauvages et les animaux domestiques », *Darwin* « L'origine dell'uomo, e sulla origine delle specie », *Houzeau* « Études sur les facultés mentales des animaux », *Pierquin* « Traité de la folie des animaux », *Lombroso* « L'uomo delinquente », e « Il delitto negli animali », *Ferri* « L'omicidio », e *Rodet*, *Rousse*, *Comte*, *Spencer*, *Lilienfeld*. *Bachofen*, *Mac Lennan*, *Giraud-Teulen*, *Tylor*, *Vood*, *Iaeger*, *Le Bon*, *Schaeffle*, *Ardigò*, *De Proberty*, *Fouillée*, *De Greef*, *Sumplowicz*, *Schiattarelli*, *Vanni*, *Boccardo*, *Lessona*, *Camerano*, *Hehn*, ma certo non per propugnare la responsabilità penale degli animali.

La prima condizione evidente è che il delitto sia commesso da quell'uomo che deve esserne giudicato. Occorre cioè, prima di tutto, l'imputabilità fisica, per la quale si possa fisicamente imputare, mettere in conto una data azione fisica o muscolare (che c'è sempre anche nella cosiddetta partecipazione soltanto morale di un correo o complice, come il mandante, l'istigatore ecc., a quell'uomo che l'ha realmente compiuta, scrive il *Ferri* nella *Sociologia criminale*. E nella stessa opera soggiunge: « Per esso la punibilità o meglio la difesa sociale contro i delinquenti ha ancora la sua radice nell'individuo come autore materiale di un delitto che è l'indice della sua personalità fisio-psicologica nel reagire all'ambiente fisico e sociale ».

La critica alla scuola quindi non ci sembra corretta perchè i concetti della stessa non sono retrivi, ma eminentemente progressivi, evoluzionisti, riconosciuti dagli eclettici fino ad un dato punto della teorica etico-individuale della scuola classica, dalle nuove osservazioni di biologia, antropologia e sociologia criminale, nonchè dai dati della psicologia e psicopatologia criminale, e dalle nuove codificazioni, e con ispecialità dal nuovo codice penale italiano col suo principio della volontarietà dell'atto come base di responsabilità morale e penale, zona intermedia fra liberisti e deterministi, propugnato, come abbiam detto, da *Zanardelli, Villa, Pessina, Costa, Benevolo, Tolomei, Lucchini, Buccellati, Canonico, Brusa, Beaussire* ed oppugnato da' giuristi, positivisti, con ispecialità dal *Ferri*, e dai giuristi classici *Vigliani, Eula, Ellero, Arabia, Ferraris, Majorana Calatabiano, Auriti, Impallomeni* ecc.

Il concetto del *Ferri* cioè che il reato esiste solo quando uccisore ed ucciso appartengono alla medesima specie, ripetuto sotto un'altra forma dal *Garofalo* e da tutti i giuristi positivisti è la dimostrazione evidente della erronea critica del *D'Addosio*.

Lo ripetiamo, i criterî della scuola penale positiva possono non dividersi in tutta la loro interezza, perchè molto radicali, ma non possono battezzarsi come nichilisti, nè retrivi. Escludono dessi, è vero, la libertà e colpa morale del delinquente, ma mai le condizioni psichiche psicologiche ed altri motivi determinanti nel delinquente.

III.

Ogni idea nuova, ogni concetto progressivo, che sposta, immuta, trasforma, innova un sistema dal tempo formato convelle le individualità che lo hanno propugnato, solleva gli anatemi della scienza ufficiale, scrivono *Spencer, Rossi, Ardigò* ed altri. Verità storica. Il *Bain* scrive: « ogni modo nuovo di concepire una cosa od un problema passa per esserne la negazione ».

Anche coloro, i quali per i primi ebbero, nel secolo scorso, il coraggio di levar la voce contro la tortura, furono riguardati come utopisti, che tenendo dietro a vaporose teorie, calpestavano i più elementari insegnamenti dell'esperienza e della convenienza politica al punto da rendere inutile l'amministrazione della giustizia, perchè la disarmavano di tutto l'arsenale dei crudeli strumenti desti-

nati a strappare la verità dalla bocca degli inquisiti. E ieri ancora erano detti poco meno che visionarî coloro che predicavano l'abolizione del patibolo, e quasi pareva che senza il carnefice la società dovesse essere turbata e sconvolta dai più orribili delitti.

Oggidì muoverebbe a pietà chi sul serio rimpiangesse i tempi non ancora molto da noi lontani, e una trilustre esperienza confuterebbe eloquentemente ogni argomento che ora si ponesse avanti per domandare il ripristinamento della pena capitale.

Il sistema del grande filantropo lombardo, *Beccaria*, destò aspre lotte ai suoi tempi, perchè quella illustre intelligenza inaugurava un principio opposto ai criterî giuridico-sociali de' tempi. Per la stessa ragione sollevarono fiere ostilità le idee di *Smith*, *Say*, *Rossi* in Economia politica, di *Emerico Amari* in Diritto penale comparato, di *Mazzini* in Diritto pubblico, di *Mancini* in Diritto internazionale.

Brontolino quanto vogliono coloro che sono legati alle tradizioni letterarie delle precedenti generazioni contro l'illustre autore del *Ça Ira*, delle *Odi barbare*, della *Guerra*, del *Cadore*, ma il *Carducci*, continuerà a percorrere la splendida via.

Nell'ordine cosmico-sociale il progresso è la legge che l'informa.

Il corso e ricorso delle nazioni viene smentito dalla storia.

Il *Goethe* scrive che l'umanità procede come una spirale, che sembra ritornare su sè stessa, ma sempre avanzando ed elevandosi.

La fossilizzazione non è per la scienza, la cristallizzazione è de' minerali, non degli Stati.

Il Diritto non è immutabile, ma segue la legge della evoluzione come ogni altro fenomeno giuridico-sociale. Varia coi tempi, coi luoghi, e perfino con le persone.

Gli uomini scompaiono, ma le idee sopravvivono, e camminano, sempre.

Chi avrebbe potuto mai supporre che le teorie di *Lassalle* e *Carlo Marx* venissero propugnate da illustri scienziati, da *A. R. Vallace* a *Charles Booth*, da *Reclus* al dotto Prof. di Vienna *Mengers*, da' membri più autorevoli del clero, da Monsignor *Westcott* al vescovo di *Durham* ed a *Leone XIII*, (enciclica *Rerum novarum*) dai più illustri poeti ai più grandi letterati, da *W. Marris* a *Brooke*, e da insigni deputati?

Le parole del deputato inglese *Labouchère*, profferite in occasione della salita al potere di *Gladstone*, *audacia*, *audacia e sempre audacia*, comprendono una indiscutibile teoria sociale. Il *Crispi* nel suo ultimo discorso del 20 novembre 1892, diceva: « Il progresso è un mare senza confini, dove il sole non tramonta ».

Chi avrebbe potuto sognare che la questione sociale fosse uscita dal periodo teorico ed entrata in quello dell'azione e legislativo? Che taluni bagliori di luce punitiva, come dice il *Ferri*, o meglio che taluni concetti della scuola positiva venissero caldeggiati da scrittori della scuola classica ed attuati dal nuovo codice penale?

Il progresso è nella natura umana, nell'organismo sociale, nell'ordine naturale delle cose, è un moto uniformemente accelerato. La vita è movimento, ed il movimento esclude l'atonia, l'anemia sociale che importa morte.

Nell'ordine modesto del diritto positivo questa grande idea del progresso indefinito, questa solenne legge della lotta per il diritto *si mostra in tutto il suo splendore.*

Il nostro diritto civile non vanta che una breve esistenza giuridica, ebbene, la legge del progresso invoca delle innovazioni ai diritti e doveri della patria potestà, al diritto matrimoniale, al diritto successorio. — *Gyp, Naquet, Segur, Herman, Del Vecchio, Cogliolo, Chironi, Carcano, Cavagnari, Bonacci, Brunelli, Pasqualini, Bianchi, Turchetti, Zanardelli, Lecornec, Gianturco, Fiore Tuozzi, Gabba, Manduca* ecc.

Il nostro diritto commerciale non è ancora che giovanissimo ed ha bisogno di ritocchi. — *Vidari, Lanza, Pollio* ecc.

Il nostro diritto industriale è l'obbietto di seri lavori di riforme; come lo sono il nostro diritto economico e finanziario.

Il nostro diritto giudiziario penale non risponde più alle esigenze del tempo.

E per presentare un esempio del nostro assunto lo attingiamo nell'istituto del carcere preventivo. Le riforme apportate dal Codice nel 1864, la legge del 30 giugno 1876, le proposte del Ministro *Tajani* alla Camera il 10 dicembre 1886, quelle del Ministro *Ferraris* approvate dal Senato nel 4 dicembre 1891, sono considerate come timide riforme. Il *Carrara* ne stimmatizzava l'abuso; *Borsani* e *Casorati* opinarono che la detenzione anticipata doveva limitarsi a determinati reati; *Cesarini, Paoli* e *Manfredini* esprimono il desiderio di nuove leggi più liberali; *Lucchini, Sola, Benevolo* ne propugnano vivamente l'abolizione; il discorso del Ministro Guardasigilli *Bonacci* accenna a radicali riforme al nostro diritto giudiziario penale e civile.

Se è vera questa legge, non comprendiamo le meraviglie di taluni oppositori alla nuova scuola positiva penale — le ingenerose critiche.

La intolleranza scientifica è la nemica del progresso scientifico.

Si oppugni per chi non lo divida con la calma dello scienziato il nuovo indirizzo giuridico, ma si abbandoni una volta il concetto che il Diritto penale abbia da essere stazionario, da rimanere nei limiti segnati dalla scuola classica.

Tal criterio comprende un grande errore storico e sociale, come ben dimostra il *Ferri* nella sua Prolusione — *Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara.*

Scuote il tempo i vecchi sistemi di Economia politica, di Diritto pubblico, di Diritto internazionale, di Diritto politico ed economico; nuovi concetti informano il Diritto romano — *Savigny, Windscheid, Böcking, Glück, Serafini, Fadda* ecc.; ed il Diritto penale, ramo del Diritto pubblico, si vuole che resti stazionario, mummificato? Quello che oggi sembra impossibile avrà domani le sue leggi, scrive il *Buckle.*

IV.

Nel riassumerci opiniamo che tranne di questi piccoli appunti, inevitabili in qualunque siasi lavoro scientifico, lo studio del *D'Addosio* è spigliato nella forma, corretto nello svolgimento storico-razionale; ammirevole nello studio delle aberrazioni medio-evali; paziente nella raccolta de' documenti, che chiudono il volume; erroneo, secondo noi, nella parte relativa alle bestie nel *gius* dell'avvenire.

V.

Ed or dopo l'esame critico dello *Studio* del caro giovine avv. *D'Addosio*, che tanto stimiamo, un consiglio che preghiamo di accettare.

Lasci il *D'Addosio* le bestie e studî gli uomini.

Non sterilisca la sua energia intellettuale nello studio delle bestie, la rinvigorisca nello studio delle gravi e delicate questioni, che presenta l'era moderna.

Lasci allo zoologo, al botanico, al naturalista, lo studio degli animali e delle piante, si dedichi col suo ingegno meridionale allo studio dell'uomo nei suoi vari rapporti sociali.

Napoli 10 ottobre 1892.

Cav. F. Manduca
S° Procuratore Generale alla Corte di Appello
di Napoli.

BOLLETTINO BIBLIOGRAFICO

Per il XXXV anno d'insegnamento di **Filippo Serafini,** studi giuridici offerti da *Bensa E., Bensa P. E., Bianchi F., Brezzo C., Brugi B., Buonamici F., Ceneri G., Cogliolo P., Delogu P., Del Vecchio G., Fadda C., Ferri E., Ferrini C, Fusinato G., Grego U., Innamorati F., Landucci L., Longo A., Magri F., Mortara L.* e *Sraffa A., Pacchioni G., Pampaloni M., Pessina E., Sabbatini P., Salvioli G., Segrè G., Serafini E., Supino D., Tamassia N., Triani G., Vanni A., Vidari E., Zocco-Rosa A.* professori di diritto. — Firenze, Tipografia di G. Barbèra, 26 Giugno 1892.

Indice delle Memorie:

SUPINO DAVID. — Carattere giuridico della compra e vendita a premio.

BENSA EMILIO PAOLO. — An iuratum sit. Appunti critici di diritto civile italiano.

SEGRÉ GINO. — Dell'azione di caducità promossa contro l'enfiteuta nel diritto romano e nel diritto civile italiano.

BENSA ENRICO. — Della vita e degli scritti di Bartolomeo Bosco giureconsulto genovese del secolo XIV.

LONGO ANTONIO. — Sulla ragione dei diversi effetti della mora e del fatto del correo.

BUONAMICI F. — Di alcune applicazioni dei principii giuridici alle moderne scoperte dell'arte.

MAGRI FRANCESCO. — Alcune moderne teorie nel diritto penale romano.

SALVIOLI GIUSEPPE. — La casa e la sua inviolabilità in Italia dopo il secolo XIII secondo gli statuti e la giurisprudenza.

LANDUCCI LANDO. — Indole dell'opera del giureconsulto Paolo Ad Neratium.

ZOCCO-ROSA A. — La questione intorno al compilatore d'Inst. IV, 18. Da Huschke, a Grupe ed a Ferrini.

SERAFINI ENRICO. — Intorno al fr. 8 de cessione bonorum, XLII, 3. Breve nota.

COGLIOLO PIETRO. — Se le clausole regolamentari esoneranti lo Stato da ogni responsabilità per gli errori telegrafici abbiano oppur no efficacia giuridica.

PAMPALONI MUZIO. — Sul prelegato a favore dell'erede fiduciario.

DELOGU PIETRO. — L'articolo 1147 del Codice civile italiano.

FILIPPO SERAFINI *proprietario e responsabile*

LA TEORICA DELL' *OPERIS NOVI NUNTIATIO*

NEL DIRITTO ROMANO

I.

Credo di poter giustificare questo instituto, che la grande sapienza pratica dei Romani ha saputo adattare ai bisogni della proprietà, in maniera da renderlo armonico con tutto l' ammirevole sistema del giure privato, e senza spiegarlo, come fanno quasi tutti gli scrittori, con le formule empiriche delle azioni quasi dannose, o dei diritti di equità e di vicinanza (1).

Mi parto dal concetto fondamentale, accennato dal Del Rosso (2), secondo il quale ogni diritto ha insita in sè la propria tutela, la quale è *preventiva*, *repressiva* e *riparativa*; per modo che, come alla lesione di un diritto reale (al *damnum* in senso lato) sta la riparazione o il risarcimento dei danni, così alla minaccia immediata della lesione sta la cauzione, o la inibizione di proseguir l'o-

(1) Il **Maynz,** (*Cours de droit romain*, 4ª ediz. vol. II. §. 283) pone la *nuntiatio novi operis* fra « les obbligations résultant de rapports de voisinage »; e così anche il **Serafini,** (*Ist. di dir. romano* §. 157). Lo **Schupfer,** invece la pone fra « le mutazioni operate nei fondi lesive dei diritti del vicino » (*Diritto delle obbligazioni*, pag. 490. Padova 1868); il **Doveri** fra le « obbligazioni nascenti da un fatto illecito di chi rimane obbligato, fatto illecito che la legge non considera, nè come delitto nè come quasi delitto ». (*Ist. di dir. romano*, vol. II, p. 349). Anche l' **Arndts** vede nell' *operis novi nuntiatio* una obbligazione nascente dai rapporti di vicinanza (trad. **Serafini,** vol. II, §. 326):

(2) *Saggio di dir. privato romano attuale.* Pisa 1844. Parte II, vol. III. Divisione I, p. 83 e segg.

pera, che quel diritto reale minaccia (*cautio damni infecti*, *nuntiatio novi operis*).

Ora nella coesistenza dei vari diritti di proprietà è necessario sottrarre alcunchè al rigorismo del puro concetto di dominio e legalmente restringere le facoltà inerenti a quel diritto; di quà le restrizioni legali del diritto di proprietà (1). E come codeste restrizioni si dimostrano necessarie, per la coesistenza dei vari diritti, in quanto impediscono che le sfere di essi s'invadano reciprocamente, ed in quanto è appunto nella natura del diritto la esclusione di qualunque altro dall'esercizio delle facoltà in quel diritto contenute; così si dimostra necessaria la restrizione del diritto per cui fa duopo o dar cauzione o sospender l'opera che minaccia la lesione, in quanto è pure nella natura di ogni diritto la tutela preventiva.

Per evitare la reciproca invasione delle sfere dei diritti coesistenti, il legislatore impone restrizioni legali; per evitare la reciproca minaccia di diritti coesistenti, il legislatore sancisce un provvedimento preventivo.

Se il legislatore sancisce una qualsiasi servitù legale, p. es. l'obbligo del risarcimento di danni per un lavoro che, senza immissione materiale e nella sfera del proprio diritto, qualcuno faccia, danneggiando il muro del vicino (2), sancisce evidentemente una restrizione del diritto di proprietà (3) e sancisce pure una restrizione del diritto di proprietà se impone di dar cauzione o di sospendere il lavoro che minaccia il diritto: sono ambedue restrizioni, perchè ambedue limitano il libero esercizio di un diritto; la prima dichiarando che, trasgredendo alla limitazione, si produce un danno, cioè s'invade la sfera del diritto altrui e si deve risarcire, la seconda dichiarando che si minaccia il diritto altrui e si deve dar cauzione o cessar dall'opera.

(1) Per la natura giuridica delle restrizioni legali del diritto di proprietà cfr. **Vangerow.** *Pandekten* vol. I, §. 297-300. **Windscheid**, *Pandekten* vol. II, §. 169.

(2) fr. 24, §. 12, *De damno infecto* XXXIX, 2, Cfr. **Seuff.** Archiv. VII, 185; IX, 34; XXV, 219; XXXI, 41; 229 XXXIII, 28, 30, 31.

(3) Nell'obbligo alla rifusione dei danni sta una limitazione della proprietà, colla importazione di questo obbligo (nota il **Windscheid,** op. cit. vol, II, §. 169, nota 16) si dichiara che il proprietario non può fare una data cosa: « Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet ». (fr. 151, *de reg. juris.* L. 17).

Ma in codeste restrizioni attinenti alla natura preventiva del diritto non si appalesa quel carattere assoluto che riveste ogni *jus in re* giacchè non vi è in essa alcun diritto cadente direttamente sul fondo altrui; peraltro non si manifesta in esse neppure un carattere meramente personale, giacchè non esiste in esse alcun rapporto obbligatorio vero e proprio; piuttosto che limitazione della proprietà, è limitazione dell'esercizio della proprietà, è una restrizione che tiene del reale e del personale, è (se pur va l'espressione) un'*obligatio in rem scripta,* della quale esiste un altro esempio in diritto romano, nella *servitus oneris ferendi.*

In codesta servitù era contenuto l'obbligo del proprietario dell'edificio serviente di mantenere in buono stato l'edificio stesso sul quale riposava la costruzione del fondo dominante (fr. 6 §. 2, 5; fr. 8 pr. §. 2 *si servit. vind.* VIII, 5); ora codesto obbligo non era inerente alla servitù, tant'è vero che l'azione per la quale il titolare della servitù otteneva la riparazione del muro, si divideva contro tutti i diversi proprietari del fondo serviente, ciò che non sarebbe accaduto se si fosse trattato di un'*actio confessoria* vera e propria (fr. 6 §. 4 *si serv. vind.* VIII, 5).

II.

Se ci si fa poi a considerare lo svolgimento storico di questa *tutela preventiva* del diritto che si estrinseca nel sistema romano nei due instituti della *actio damni infecti* e della *operis novi nuntiatio,* bisogna pensare che nell'ordine storico e razionale contrariamente a quanto hanno ritenuto i principali scrittori (1) la prima deve avere preceduto di non poco la seconda. Razionalmente infatti l'istituto del *damnun infectum* dovette essere il primo a sorgere, come quello che si adattava ai pericoli di danni più comuni, della ruina degli edifizii non opportunamente riattati, e come

(1) Cfr. **Maynz,** *Cours de dr. romain. VI. ed.* vol., II, §. 283, pag. 522. **Schupfer,** *Il diritto delle obbligazioni.* Padova 1868, pag. 491 e seg. Il **Maynz,** sostenendo che storicamente l'istituto dell'o n. n. deve aver preceduto quello del *damnum infectum,* non vuol dare un'ipotesi precisa, ma soltanto « faire sentir la possibilité d'un developpement historiquement rationnel de la matiére ». (op. cit. loc. cit. nota 5). Prescindendo peraltro dai gravi argomenti storici che adduciamo, non ci sembra che lo svolgimento razionale di codesta tutela preventiva possa essere quello accennato dal Maynz, ma debba esser stato precisamente l'inverso.

quello che era inteso a respingere il danno vero e proprio, nel senso romano della parola (1). Il fatto che nell'azione del *damnum infectum* specializzata e ristretta rigorosamente ai casi e alle parole della legge (2), non poteva rientrare il caso della lesione di un diritto, o del *damnum* vero e proprio, avvenuto per causa di un'opera non esistente, ma *nuova*, fece sorgere la necessità del nuovo istituto: e fu dietro il suggerimento di questa necessità che il Pretore concedette la tutela preventiva della *nuntiatio* a ricolmare la lacuna lasciata dalla legge antica.

È infatti una legge fondamentale che informa lo svolgimento di qualsiasi sistema di diritto, quella, per la quale si trovan prima i rimedi giuridici ai rapporti di fatti più semplici o più comuni, e posteriormente ai rapporti di fatto più complessi e meno frequenti, i quali pure hanno coi primi un'affinità giuridica. Questa legge governa poi specialmente il sistema del diritto romano, nel quale l'estensione del rimedio giuridico a fatti affini a quelli pei quali l'antica legge rigorosa ha provveduto, determina l'opera veramente gloriosa del diritto pretorio di fronte allo stretto diritto civile.

Se poi si considera come il rimedio del *damnum infectum* restringa assai meno il concetto romano illimitato ed assoluto della proprietà, di quello che non lo limiti la o. n. n., e si consideri nello stesso tempo che la concessione fatta dall'assolutismo di quel diritto alle necessità nuove manifestantisi ogni giorno, dovette esser lenta e graduale, apparirà ancora più chiaro come nell'ordine razionale l'istituto della *nuntiatio* abbia dovuto tener dietro a quello del *damnun infectum*.

Vi sono poi alcuni argomenti storici che non possono non convincere. La più antica testimonianza che noi troviamo dell'isti-

(1) fr. 3 *de damno infecto* 39, 2. Questo frammento fornisce, a mio modestissimo avviso, il criterio esatto per determinare il concetto romano del *damnum* in confronto all'altro concetto affine della *lesione di un diritto*. Cercherò più innanzi di giustificare la distinzione sottile e giuridica, che è pure esenziale all'intendimento degl'istituti che esaminiamo.

(2) Una delle particolarità più essenziali delle *legis actiones* (e vedremo che per il damnum infectum si agiva con questa forma antica di procedura), era quella per cui i riti, i gesti, le formule e le parole erano così severamente descritti ed imposti che non era permessa la più piccola mutazione. Se alcuno p. es. avesse agito *per vigne recise o spiantate* e avesse detto *vites*, invece di *arbores*, perdeva la causa (Gajo IV, 12, 30). Cfr. **Buonamici**, *La storia della procedura civile romana*. Pisa 1886, vol. I, pag. 18 e seg.

tuto dell'*operis novi nuntiatio* è quella del cap. 19 della *lex Rubria* (1). Ora la *lex Rubria,* come anche lo **Stölzel** ammette (2), deve ascriversi circa all'ultimo decennio della Repubblica, e molto probabilmente all'anno 712 di Roma (3).

In essa si parla della facoltà che hanno i duumviri, i quatuor viri e i prefetti di far la remissione *nella operis novi nuntiatio:* quella legge infatti contiene l'interessantissimo ordinamento della giurisdizione dei magistrati municipali della Gallia cisalpina.

Dall'autorevole testimonianza di questo fonte di diritto assai antico, mi sembra che si possano trarre due conseguenze.

I. L'istituto della o. n. n. dovrebbe essere di non poco anteriore all'epoca della promulgazione di questa legge: una volta che in questa legge se ne parla come di istituto già noto, e solo come una facoltà concessa a quei magistrati municipali di usarne, come ne usava il pretore romano urbano e peregrino.

II. L'istituto della o. n. n. era anche all'epoca della promulgazione della legge collegato colla *remissio pretoria* come fu poi nel diritto delle Pandette: e se colla *remissio* fu *ab initio* collegato, deve essere stato posteriore all'introduzione del sistema formulare, giacchè la *remissio* non è concepibile nell'antica procedura delle *legis actiones.*

(1) Cfr. **Stölzel,** *Die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vit aut clam.* Gottingen 1865, pag. 15, e pag. 262 e segg. **Bruns,** *Fontes juris romanis antiqui*, pag. 87. **Huschke**, *Gaius*, pag. 203-242.

(2) op. cit. pag. 15.

(3) Il **Gaddi,** (*Cronologia delle leggi comiziali romane*) la pone al 706, così **G. Muirhead,** *Storia del diritto romano.* Milano 1888, pag. 271. Il **Padeletti-Cogliolo,** *Storia del diritto romano*, pag. 586 nota, la pone dal 705 al 712. Il **Mommsen,** (*Hermes*, 1981, p. 24) la pone al 712 e anche il **Karlowa,** (*Röm Rechts.-Gesch.* I, pag. 440), accetta la data del 712, perchè la Gallia Cisalpina fu incorporata all'Italia solo dopo la battaglia di Filippi del 712. Il **Bruns,** (op. cit. pag. 87) dice che non può stabilirsi l'anno preciso, ma che la legge non può essere anteriore al 705 nè posteriore al 752. Un argomento decisivo per ritenerla del 712 questo mi sembra. Nel cap. 19 di essa si parla *di II vir III vir praefectusve, enis municipei.* Ora la funzione di codesti magistrati municipali fu determinata soltanto dalla *lex Iulia municipalis* del 709 **Gaddi,** op. cit. **Bruns,** op. cit. pag. 90 nota 1) e dalla *lex coloniae Iuliae. genetivae s. ursonitana* del 710. (**Bruns,** op. cit. pag. 710 e seg. nota 8. **Karlowa,** op. cit. I, p. 601). Per la interpretazione della legge *Rubria* cfr. **Huschke,** *Gaius*, p. 203 segg. **Mommsen,** (*Iahrbücher des deutschen Rechts di Bekker e Muther*, II, 319 segg.).

D' altra parte è noto che fino ai tempi di Gaio, quando la memoria e l'uso delle *legis actiones* era quasi del tutto perduto, per due casi era permesso non di meno attenersi all' antico sistema di procedura, e si poteva « lege agere damni infecti et si contumvirale judicium fit (1) ». L'eccezione per il caso del *damnum infectum* è probabile che nascesse dal fatto onde un tal giudizio finiva di ordinario coll' immissione nella proprietà della cosa altrui; ora se ciò si poteva credere possibile in virtù della legge stessa e degli atti della legge, non si poteva in virtù di formule e di ordine del magistrato: questa deve essere stata la ragione dell' antica regola, la quale fu poi soppiantata dalla stipulazione pretoria proposta nell' editto (2).

Mi sembra perciò che si possa da questo indurre, che l'istituto della *cautio* risulta antichissimo e anteriore alla legge Ebuzia (3) la quale introdusse al sistema formulare; non sarebbe infatti possibile che, dopo che una nuova generale forma di procedura era stata introdotta, fosse sorto un istituto per il quale si stabilisse l' uso d' una forma abolita.

Dunque alla fine del VI secolo o al principio del VII, allora quando il sistema formulare fu introdotto dalla legge Ebuzia, l'istituto della *cautio* doveva già sussistere.

(1) **Gaio,** Comm. IV, 31.

(2) Cfr. **Buonamici,** op. cit. pag. 91 e seg.

(3) La legge è, senza dubbio degli ultimi anni del VI o dei primi VII secolo. Il **Padelletti** opina molto dubitativamente (op. cit. pag. 404) che debba attribuirsi a un *L. Aebutio Carus* III vir nel 571 e X vir nel 581, o a un *M. Aebutius* che nel 586 va come pretore in Sicilia (Livio XLIV, 17), debba cioè ritenersi dell'ultimo ventennio del VI secolo. Cfr. **Gaddi,** (*Cronaca delle leggi comiz. romane* p. 537). **Buonamici,** op. cit. pag. 89. **Muirhead,** op. cit. pag. 258, Mi sembra peraltro che la data dell'ultimo ventennio del VI secolo sia molto più probabile, perchè molto più vicina alla nuova creazione del *praetor peregrinus* la quale deve ascriversi alla prima metà del secolo VI (forse al 512. **Padelletti-Cogliolo,** op. cit. pag. 111); perchè l'istituzione di questa nuova magistratura ebbe grandissima influenza sull'abolizione del sistema delle *legis actiones* (**Buonamici,** op. cit. pag. 87 e segg.) e le due innovazioni hanno una intima, reciproca astinenza. Credo peraltro inesatto il dire che davanti il tribunale di quel pretore la procedura per *legis actiones* era *impossibile*. Basta leggere il citato passo di Gaio. IV, 31). (Cfr. **Maynz,** op. cit. vol. I, pag. 498 nota 2).

Non credo che abbia molto valore l'argomento indiretto opposto da alcuni, a questo proposito, dalla *lex rubria de Gallia Cisalpina.* L' *Huschke* (1) p. es. osserva che, se la *lex Rubria* stabilì per la Gallia Cisalpina che la *stipulatio damni infecti* si dovesse fare secondo la formola proposta dal pretore peregrino, codesta doveva essere sconosciuta all' albo del pretore urbano. Dal che si potrebbe concludere che l'istituto deve esser posteriore all'istituzione del pretore peregrino e perciò all'introduzione del sistema formulare, di quell' istituzione solo di pochi anni posteriore.

Noto innanzi tutto che la *lex Rubria* parla della *stipulatio damni infecti*, la quale come vedemmo sottentrò all' antico rimedio giudiziario del *lege agere damni infecti*, (2); in secondo luogo che Servio Sulpicio (3) e Cicerone (4) conobbero quella *stipulatio* nell'editto del pretore urbano. E se la *lex Rubria* si riferì all' editto peregrino e non all' urbano, ciò accadde perchè nell'editto peregrino era ripetuta la *stipulatio* contenuta nell' urbano, essendo una delle principali funzioni dell'editto peregrino quella di estendere ai peregrini le norme dell'editto urbano per i *cives* (5).

III.

A rettamente intendere l'istituto dell' *operis novi nuntiatio*, quale si trova nel diritto delle Pandette (6) e, solo lievemente mo-

(1) **Gaius,** p. 512.

(2) Cfr. **Buonamici,** op. cit. loc. cit.

(3) *fr.* 24, §. 4 e 5; fr. 13, §. 5; fr. 15, §. 15 e 20. Dig. *de damno infecto* XXXIX, 2.

(4) **Verr,** I, 56, 146.

(5) È l'opinione del **Cogliolo** in **Padelletti,** pag. 408, e seg. nota *u*). Il **Puchta** invece (*Zeitschr. f. gesch. Rechtwiss.* X, p. 215), credette che la *lex rubria* si riferisse all'editto peregrino e non all'urbano, perchè la *stipulatio damni infecti* era concepita nell'editto urbano colle parole *spondesne* e nel peregrino *promittisne.* Per quanto il **Lenel** (*Das Edictum Perpetuum* §. 292), ponga nella stipulatio *spondesne*, credo coll'**Huschke** (*Gaius* p. 213 nota 27), improbabile l'ipotesi del Puchta. Non mi sembra invece impossibile l'opinione del **Karlowa** (R. R. g. I, p. 471) per il quale l'editto peregrino doveva ripetere la *stipulatio damni infecti* per sostituire alla *missio impossessionem* (in origine solo possibile per i *cives*) un'*actio in factum.*

(6) Dig. lib. XXXIX tit. 1 De op. n. n. Dig. lib. XLIII tit. 25 de remissionibus

dificato, nel Codice giustinianeo (1) è necessario determinare con precisione il concetto romano del ***damnum*** e l'altro concetto, pur romano ed affine della ***lesione di un diritto.***

La parola ***damnum*** ha nelle fonti due differenti significati: quello generale di privazione di un vantaggio fatta illecitamente (***injuria***) e in codesto senso viene usato p. es. nel fr. 151 ***de regulis juris*** L. 17: « nemo damnum facit, nisi quid id fecit, quod facere jus non habet »; e quello speciale, contrapposto alla vera e propria ***lesione di diritto,*** che mi faccio ad esaminare. La distinzione fra i due concetti di *danno* e *lesione di diritto*, essenzialissima nella teorica della tutela preventiva, e solo fugacemente accennata da tutti gli scrittori, è posta chiara nel fr. 1 §. 16 e §. 19 h. t., dove è detto che si può intentare la ***nuntiatio o. n. aut juris nostri conservandi causa, aut damni depellendi.***

L' *operis novi* ***nuntiatio damni depellendi causa*** non ha altro scopo che quello di far prestare a colui. che ha diretto rapporto con la cosa che minaccia danno, una cauzione di danno tenuto, e si riconnette perciò all'altro istituto affine della ***cautio*** *damni infecti* di cui parla il tit. 2.° del libro XXIX; l' ***operis*** ***novi nuntiatio juris nostri conservandi causa*** è invece quella che ha per unico scopo di far sospendere l'opera intrapresa, o di prestare una *cautio de demoliendo*, per prevenire la lesione, o la ulteriore lesione (se già una parziale lesione è avvenuta) di un diritto, cui l'opera intrapresa minaccia (2).

La definizione del *damnum*, nel senso romano, la troviamo nel fr. 3, *de damno infecto* (39, 2) ed è di Paolo: ***Damnum et damnatio ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt.*** È dunque la jattura materiale inferta alle cose del nostro patrimonio, l'attuale e reale diminuzione di valore che quelle cose subiscono, per uno stato di fatto già esistente o creato nel fondo del vicino, e, come dice il fr. 24 §. 12 h. t. (3) *quod vitio aedium*,

(1) Cod. lib. VIII, tit. 11, De operis n. n.

(2) Cfr. **Stölzel,** op. cit. pag. 17 e segg. **De Vito,** ***Sul fondamento della nunciazione di nuova opera*** estratto dall' ***Archivio Giuridico 1879***, pag. 8. Bologna 1879.

(3) Cfr. il fr. 18 ***ratam rem haberi*** (46, 8). « Sicut in stipulatione damni infecti accidere potest. ut is, qui stipulatus sit subinde agat: cavet emin si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur ». Il fr. 24, §. 30 ***de damno infecto*** non parla del *vitio arborum*, per cui ci sembra peraltro che la ***stipulatio damni***

loci, operis damnum fit: per un *vitio aedium* (fr. 13 §. 2, e fr. 20 *de damno infecto*), per un *vitio loci* (fr. 15, §. 3, fr. 20, fr. 24 pr. h. t.), per un *vitio operis* (fr. 7 pr.; fr. 13, §. 10 fr. 15, §. 3; fr. 19 §. 1, fr. 20, fr. 24 pr. e §. 20 e fr. 30, h. t.).

Ed è notevole questo, che la legge autorizza ad agire *damno infecto* e ad ottenere cauzione e non già a nunziare l'*opus novum* per ottenere la sospensione dei lavori o la *cautio de demoliendo*, nel caso di una vera e propria *opera nuova* che minacci un *danno* e non una lesione di un diritto; appunto perchè la distinzione fondamentale fra l'intento di *depellere il damnum* o quello di impedire la lesione del diritto costituisce l'*unico* criterio per chiedere al magistrato o la sospensione dei lavori, o la cauzione del danno temuto.

Del resto la distinzione sottile ha una rilevantissima importanza pratica e trova una splendida giustificazione nei fatti.

Ha importanza pratica, perchè mentre chi denunzia *damni depellendi causa* non vuole come ultimo scopo altro che la cauzione del danno temuto: chi denunzia *juris sui conservandi causa* vuol soltanto conseguire la sospensione dell'*opus* (e il nunciato ha solo la possibilità di liberarsi dal divieto prestando una *cautio de demoliendo*): il prestare cauzione è dunque, nel primo caso, un obbligo del nunciato; nel secondo una facoltà; nel primo caso, data la cauzione, si estingue il divieto, nel secondo, data la cauzione il divieto apparisce come estinto, ma l'attore deve, in separato giudizio, fornir la prova del fondamento della sua opposizione, senza di che l'o n. n. non ha seguito alcuno (1).

La teorica romana in codesto modo esposta e chiarita trova poi una splendida giustificazione razionale: si comprende infatti come nei mezzi di questa tutela preventiva che esaminiamo, debba correre una sostanziale diversità secondo che si tratti di un opera nuova che minaccia una diretta e materiale iattura o deprezzamento ad una cosa nostra (damnum), o si tratti di un nuovo edificio che minacci una lesione di un nostro diritto: nel primo caso

infecti fosse ammessa: cf. fr. 24 §. 9, h. t. « Si arbores vetustate confractae in meum agrum deciderint eoque facto vitibus meis vel segetibus nocent, vel aedificia demoliunt.... ».

(1) Cfr. **De Vito,** op. cit. pag. 8. e **Burckhard,** *Die operis novi nunciatio* (Serie der Bücher 39-40 der Pandekten von Glük. Erlangen 1871), pag. 145 e seg. **Stölzel,** op. cit. pag. 118 e segg.

basterà la cauzione a tutelare preventivamente il danno minacciato, perchè ove il danno fosse avvenuto il risarcimento congruo di esso basterebbe a ristabilire l'equilibrio della coesistenza dei diritti, momentaneamente turbato; nel secondo caso invece sarà necessaria la sospensione dell'opera, perchè ove si immaginasse l'opera proseguita e la lesione del diritto avvenuta, a reintegrare l'equilibrio giuridico, sarebbe necessaria la demolizione del nuovo edifizio: la qual demolizione non sarebbe soltanto contraria al principio di ordine generale « *interest reipublicae ne urbs a ruinis deformetur* »; ma sarebbe ancora contraria alle regole intituitive dell'economia edilizia che non ammetton che si fabbrichi o si restauri per demolire, a meno che della temerarietà dell'opera non sia stati avvertiti, e l'ipotesi della demolizione non si sia preveduta e sfidata con una cauzione speciale *(cautio de demoliendo).*

Non credo che alla distinzione chiara e sottile dei casi in cui sono variamente applicabili i due mezzi di tutela preventiva possa esser di ostacolo il fr. 13 §. 9 *de damno infecto*, nel quale Ulpiano riferisce la quistione trattata da Giuliano; se possa chiedere la cauzione *damni infecti* colui il quale abbia nunciato il *novum opus* del vicino, minacciante la lesione di una *servitus altius non tollendi.* Ulpiano sembra concordare con Giuliano che in questo caso, come in quello in cui a Tizio competa contro Caio l'*interdictum quod vi aut clam*, debba Tizio, cui la lesione del diritto è minacciata, domandare la *cautio damni infecti.*

Ma appare chiaro che in quel caso la prestazione non può esonerare il nunciato dalla sospensione dei lavori o *dalla cautio de demoliendo;* codesta prestazione si dimostra un accessorio vero e proprio nel giudizio principale di denunzia, e solo diretta a garantire, non già la eventuale lesione del diritto di servitù, ma la possibile materiale iattura (*damnun*) che può essere inferta alle cose del nunziante per un vizio dell'opera intrapresa: « *cavere debere Julianus ait quia non est cautum neque de vitio aedium neque de damno operis* » (fr. 13, §. 10 h. t).

Mentre d'altra parte, a mio credere, il fr. 1, §. 18 de op. *n. n.* (39, 1) non può non far riconoscere quanto fosse limpida e sicura la distinzione nell'alta mente di Ulpiano. Si fa il caso di Tizio che costruisca un *opus in mari vel in litore maris:* è noto che il mare e il lido del mare sono per diritto romano, *res omnium communes* (*Ist.* §. 1 *de rer. divis* II, 1). Tizio dunque non edifica sopra un terreno di sua proprietà; non di meno fa suo l'edificio, come dice il

fr. 1 §. 18, *h. t. jure gentium;* il fr. 30, §. 4, *de adq. rer. dominio* (XLI, 1) ne spiega la ragione; egli acquista il dominio della cosa fabbricata sul mare o sul lido del mare, *per occupazione,* e l'occupazione era un modo di acquistar la proprietà per diritto delle genti. All'occupazione poteva ostare soltanto un divieto di edificare l'opera come un impedimento all'uso comune; doveva perciò chi voleva edificarla munirsi di un decreto del Pretore che lo autorizzasse, *decretum Praetori adhibendum est* (fr. 50 *de adq. rer. dominio* XLI 1).

Ulpiano nel nostro fr. 1, §. 18, *de o. n. n.* scrive che se Caio volesse opporsi all'edificare di Tizio, non potrebbe farlo (*nullo jure prohibet*) e neppure potrebbe *nuntiare novum opus, nisi ex una causa, si forte damni infecti velit sibi caveri.* Non potrebbe *nuntiare novum, opus , juris sui conservandi causa,* perchè non ha nessun *jus prohibendi,* vale a dire non ha la minaccia di lesione di nessun suo diritto. Qual diritto suo potrebbe infatti esser leso da un opera intrapresa sopra una cosa *omnium communis?* Ma Caio potrà *nuntiare novum opus* per ottenere la cauzione di danno temuto, perchè mentre non si può immaginare che l'opera costruita sul mare minacci di ledere veramente un diritto di un privato, si può concepire altrettanto bene ch'essa minacci un danno, una iattura materiale alla proprietà del privato, nel senso romano, chiarito della parola (1): la materiale iattura si risolve il più delle volte, nel caso che esaminiamo, in una privazione di un vantaggio *commodum* che al privato veniva dalla *res communis omnium* non ancora occupata: « damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex pubblico consequebatur, qualequale sit. » (fr. 2. §. 11, *ne quid in loco,* XLIII, 8).

(1) Al provvedimento preventivo dell'o n. n. per ottenere la *cautio damni infecti* in questo caso di costruzioni su cosa *communis omnium* corrispondeva il provvedimento riparativo dell'*interdictum ne quid in loco pubblico vel itinere* (Dig. h. t. XLIII, 8, **Buonamici,** op. cit, pag. 426 e seg.) quando l'opera fosse stata costruita in onta al divieto avuto di fabbricare, esorbitando i limiti della concessione ottenuta, e producesse un danno in una privata proprietà. (fr. 2 pr. *ne quid un loco pubblico* XLIII, 8). L'interdetto è proibitorio e restitutorio in quanto al divieto di fare ciò che nuoce segue l'ordine (*decretum*) di ritornare all'antico stato le cose. (Cfr. **Buonamici,** op. cit. pag. 433), **Bethmann-Hollveg,** *Der civilprozess des gemeinen Rechts,* 1864-1874, I, §. 54., **Rudorff,** *Rechtgesch.* II, §§. 55. **Arndts-Serafini,** *Pandette.* Ediz. quarta vol. 1, §. 100 nota 13, pag. 403).

IV.

Oltre che il *damnum* e la lesione di un diritto di un privato, l'*operis novi nuntiatio* era diretta a prevenire la lesione di un diritto pubblico, *publici juris tuendi gratia* (fr. 1, §. 16, *de op. novi nunt.* 39, 1): era cioè un'azione popolare.

« Delle tre categorie di azioni popolari nettamente distinte dal **Bruns** (1).

a) azioni popolari dirette a pene pecuniarie per delitti pubblici;

b) azioni popolari a difesa dell'uso delle *res publicae;*

c) azioni popolari esperibili per altri diversi rapporti;

l'*operis novi nuntiatio* rientra nella seconda: nella quale il **Bruns** stesso distingue (2) gl'interdetti speciali per determinate categorie di cose, e le azioni più generali per tutte le *res pubblicae.*

Insieme all'*actio de mortuo illato*, se « in locum publicis usibus destinatum intulerit quis mortuum » (fr. 8, §. 2 de religiosis XI, 7) l'*operis novi nuntiatio* è un'azione popolare generale per la tutela delle *res publicae* (3). Essa ha lo scopo di tutelare preventivamente la minacciata lesione di un diritto pubblico, e compete ad ogni cittadino per un opera costruita su loco pubblico: « Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt » (fr. 3, §. 4 *de op. n. n.* 39, 1): è azione popolare nel senso *proprio* notato dal **Bruns** (4), in quanto può essere inten-

(1) **Bruns,** *Le azioni popolari romane*, Trad. **Scialoja,** *Archivio Giuridico* vol. XXVIII, p. 184.

(2) Op. cit. *Arch, Giur.* vol. XXIX pag. 279.

(3) **Bruns,** op. cit. loc. cit. pag. 281. L'**Ascoli** nella sua recensione (*Archivio Giuridico* XLII, pag. 150-1) al lavoro del **Codacci-Pisanelli** (*Le azioni Popolari*, Napoli, 1887) osservò che non è necessario collocare l'op. novi nuntiatio fra le azioni popolari proprie, accanto agli interdetti per l'uso della cose pubbliche, perchè « il cittadino che denunzia la nuova opera non è tanto un difensore di un suo diritto all'uso delle cose pubbliche, quanto piuttosto un vindice della legge ». Osservo che la medesima considerazione potrebbe farsi per gl'interdetti a tutela dell'uso delle cose pubbliche, perchè anche in quel caso il cittadino si fa vindice della legge che proibisce, in termini determinati, l'uso di quelle; d'altronde poi si fa sempre vindice della legge colui il quale tutela un diritto proprio dalla legge a lui riconosciuto.

(4) **Bruns,** op. cit. *Archiv. Giurid.* vol. XXIX pag. 282.

tata da ogni cittadino per un fatto, il quale per sè stesso, come tale, ad ogni cittadino dà azione ed in quanto ha il suo fondamento e scopo nel pubblico interesse, e non nel senso *improprio* di un'azione spettante ad una determinata persona per un fatto che ad ogni persona può accadere; come sono ad es. i due interdetti contro gl' impedimenti all' uso delle vie e dei fiumi, che non possono essere proposti se non da colui che ha voluto effettivamente usarne e ne è stato impedito (fr. 2 §. 45, *ne quid in loco publico*, 43, 8) (1).

Il fr. §. 17 h. t. prende in esame i casi speciali in cui può ricorrere l'azione popolare di denunzia, *juris publici tuendi gratia:* « *Si quid contra leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet vel in sacro, vel in loco religioso, vel in publico ripave fluminis, quibus ex causis et interdicta proponuntur* ».

Questa legge contiene, come dice la Glossa, alcuni esempi di azione popolare di denunzia *(ponit exemplum, quando causa pubblici juris, pro his enim omnibus potest nuntiari):* enuncia due casi

a) che venga edificato in luogo

1) *Sacro*,

2) *religioso*,

3) *pubblico*,

b) che venga edificato in luogo privato,

1) *in molazione della legge*,

2) *in violazione degli editti imperiali.*

(1) Prima che codesto senso improprio in cui le fonti denominano popolari alcune azioni, fosse stato chiarito dal **Bruns**, quasi tutti gli scrittori escludevano i due interdetti citati dalla specie delle azioni popolari: li escludeva lo **Schmidt** (op. cit. pag. 131, 136); l' **Helmbach** (*Rechtlexicon* vol. V, p. 572, il **Gelb** (*Diritto penale*, vol. I, p. 71): Solo l' **Ihering** comprendeva anche i due interdetti nel novero delle azioni popolari. — *Geist des röm. Rechts* vol. I, p. 201 e segg. — e *Der streit zwischen Basel-Stadt und Basel-Land*, p. 39): ma anche il **Bruns** (op. cit. *Archiv. Giur.* vol, XXIX pag. 184) riconosce che molte delle caratteristiche delle azioni popolari esulano negl'interdetti in quistione, e che nè le donne e i pupilli (incapaci d' intentare azioni popolari, *fr.* 6 *de popularibus actionibus* 47, 23) sono impediti a promuoverli, nè vi è alcuna ragione di escludere in essi la successione, pure esclusa nelle azioni popolari (fr. 8, de popul. act. 47, 23).

Così il **Donello**: « *Publici juris tuendi gratia is, qui loco sacro, religioso, publico aedificanti nuntiat novum opus; aut aedificanti quidem in privato sed contra leges aedictave principum* ». **Donelli**, *Operaomnia*. Lucca, 1761, vol. IV, pag. 483, XV, 46, 8).

Un esempio di una legge la quale disciplini il modo di costruire in luogo privato sarebbe quello del fr. 13 *finium regundorum* (X, 1); un esempio di un editto imperiale, che detti prescrizioni per gli edifici eretti in luogo privato, sarebbe quello della cost. 11. *Cod. de aedif. privatis* (VIII, 10).

Non credo che la interpretazione del fr. 1 §. 17 h. t. data dal **Donello**, dal **Cuiacio** (*Opera omnia*, IX, 1178, 1179, 1180) e seguita anche da qualche moderno (1) risponda veramente alla realtà delle cose; e non credo che possa dirsi esistere l'azione popolare di denunzia *juris publici tuendi gratia* contro colui, che, fabbricando in luogo privato, viola una disposizione edittale o di legge: ciò sarebbe contrario al carattere stesso dell'azione popolare, in quanto ne verrebbe a mancare il sostrato, l'*jus publicum* da difendere. Determineremo nel seguito delle nostre ricerche quale sia il vero concetto di questo *jus publicum*; ma possiamo fin d'ora asserire che codesto *jus publicum* da difendere non deve mancare. Ora quale sarebbe il *publicum jus* da difendere nel caso di denunzia di un'opera costruita su un terreno privato in contravvenzione a qualche disposizione di legge o di editto? Non si potrà dire certo che il *publicum jus* sieno, in codesto caso, le leggi o gli editti, dell'osservanza dei quali il cittadino si fa vindice, perchè come già osservammo (pag. 9 nota 3), una tale ragion pubblica di agire, un *publicum jus* da difendere si avrebbe in ogni azione giudiziale diretta a far riconoscere un diritto privato, che la legge attribuisce al cittadino (2).

(1) Cfr. **Kaemmerer**, *de op. n. nunt.* (Heidelberg, 1807) XXXIII, p. 63. **Rudorff**, *über das Nunciationverfahren; (in Becher's und Muther' Jharb.* Bd. 4, S, 122) 50, 122.

(2) Non varrebbe addurre contro codesta argomentazione, il fr. 5, §. 9 *de o. n. n.* dove è detto che si può nunciare *publica causa*, ogni qualvolta *o. n. nunciatione leges aut senatusconsulta, costitutionesque principum tuemur:* la publica causa del fr. 5, §. 9 non è il *publicum jus* necessario sostrato dell'azione popolare di denunzia. *Publica causa* è nel fr. 5, §. 9 contrapposto a *naturalis* e *impositicia*, vale a dire è presa nel senso dell'origine e della ragione del diritto che si difende coll'*o. n. n.;* secondo che cioè l'*o. n. n.* sorge

E neppure credo che possa accettarsi l'opinione dubitativamente esposta dal **Bartolo**, il quale sostiene che le parole *contra leges edictave principum*, si riferiscano a *vel in privato quid molitur*, e che stiano a spiegare il caso dell'*o. n. n. ut damni infecti caveatur nomine;* perchè il fr. 8, §. 3 h. t. in cui è presa in esame l'*o. n. n.* come azione popolare *juris publici tuendi gratia*, dice esplicitamente: « *quod si nuntiavero tibi, ne quid contra leges in loco publico facias, repromittere debebis;* ne risulta che a denunciar l'opera nuova *juris publici tuendi gratia*, non basta che l'*opus* sia cominciato *in loco publico*, ma è necessario che sia edificato ancora *contra leges*.

D'altra parte abbiamo già, per incidenza, osservato, come, ove non ostasse un divieto della legge o dell'editto, fosse lecito fabbricare *in loco publico* (fr. 14 e 50 *de acq. rer. dom.* XLI, 1), come anzi colui che vi edificava divenisse, per occupazione, proprietario dell'area che aveva occupato (fr. 1, §. 18 *de o. n. n.* — fr, 30, §. 4 *de adq. rer. dom.* XLI, 1); e che, ove l'edificatore avesse adibito alle prescrizioni della legge e dell'editto, o del decreto pretorio, nessuno avrebbe potuto nunciargli *novum opus*, *quia nullo jure prohibet* (fr. 1, §. 18 *de o. n. n.*), altro che *si forte velit damni infecti sibi caveri:* il fr. 1. §. 18, riferendosi alle costruzioni fatte *in mari, vel in litore maris* dirime dunque ogni controversia.

Nè si potrebbe obiettare essere il mare e il lido del mare una cosa *omnium communis* piuttosto *che pubblica*, e gli editti e le leggi esser sempre diretti alle costruzioni su terreno *communis omnium* e non pubblico, prima di tutto perchè la distinzione fra cose comuni e pubbliche è tutt'altro che chiara nelle fonti (fr. 1 Dig. *de rer. div.* I, 8; fr. 14 *de acq. rer. dom.* XLI, 1; fr. 17 *de verb. signific.* L, 16); in secondo luogo perchè il fr. 2 *ne quid in loco publico* (XLIII, 8) enumerando i *loca publica*, parla esplicitamente del mare (§. 8), estendendo l'interdetto utile al caso di una costruzione sul mare che minacci nn danno, senza ancora averlo arrecato.

Credo perciò che l'*o. n. n. juris publici tuendi gratia*, come azione popolare potrebbe soltanto intentarsi per una costruzione

o per una immissione materiale in un nostro fondo, o per la lesione di un diritto di servitù di origine contrattuale, o per la lesione di un diritto derivante direttamente dalla legge *(publica causa)*.

fatta in luogo sacro, religioso o pubblico o sulla riva del fiume (1), in violazione della legge o degli editti imperiali.

Il fr. 1, §. 17 conchiude che per le stesse cause si propongono ancora gl' interdetti: *quibus ex causis et interdictu proponuntur.*

Questi interdetti sono:

1) *ne quid in loco sacro* (fr. 1 Dig. *ne quid in loco sacro,* XLIII, 6).

2) *ne quid in loco religioso* (fr. 2, §. 2 *de interdictis,* XLIII, 1).

3) *ne quid in loco publico* (fr. 2 pr. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8).

4) *de fluminibus, ne quid in flumine publ. ripave eius fiat* (fr. 1 h. t. XLIII, 12) (2).

Di questi interdetti, come opportunamente notò il **Codacci Pisanelli** (3) il terzo non ha sempre carattere popolare, giacchè, un estremo necessario ad intentarlo è, che vi sia un danno del privato, e solo può essere intentato da chi dall' opera fatta sul suolo pubblico risente codesto danno.

Gl' interdetti rammentati sono specialmente diretti alla tutela riparativa del diritto leso, senza che, per questo, anch'essi non abbiano una funzione preventiva, come meglio dimostreremo più tardi, mentre la denunzia ha scopo *esclusivamente* preventivo: codesti interdetti sono, è vero, proibitori (fr. 2, §. 1 *ne quid in loco publico,* XLIII, 8), ma, come nota il **Buonamici** (4), l' interdetto restitutorio doveva tener dietro immediatamente a quelli, e venirli quasi a confermare; il perchè si vede in generale che al divieto di fare ciò che nuoce, segue nella giurisprudenza del pretore l'ordine di ritornare all' antico stato di cose. E per la via pubblica è detto: « Quod in via publica itinereve publicum factum, immis-

(1) La riva del fiume è rammentata separatamente, perchè veniva considerata *cosa publica* soltanto rispetto *all' uso*, la proprietà della riva spettando ai proprietari dei terreni a questa aderenti (fr. 5 *de rer. divis.* I, 8; fr. 15 *de adq. rer. dom.* XLI, 1. — **Doveri,** *Istituz. di dir. rom.* vol. I, pag. 417. Siena, 1859).

(2) Cfr. **Stölzel,** op. cit. pag. 157. — **Donello,** vol. IV, §. XII.

(3) Op. cit. pag. 58.

(4) Op. cit. pag. 433.

sumve habes, quo ea via idve iter deterius sit, fiat, **restituas** » (fr. 2. §. 53, *ne quid in loco publico*, XLIII, 8) (1).

Senza rinnovar la quistione relativa all'indole delle azioni popolari romane, e vedere se esse si abbiano da riguardare come azioni per sè stesse pertinenti all'attore, sia in forza di un diritto proprio, sia in forza di un diritto di Stato, ovvero come azioni procuratorie a nome dello Stato; o se esse costituiscano una specie di azioni di polizia con popolare rappresentanza dello Stato, come ammette il **Savigny** (2); ci rimettiamo per questa parte allo studio profondo del **Bruns**, il quale ci sembra per ogni lato esauriente (3);

(1) Fr. 1, §. 19 *de flum.* (XLIII, 12); fr. 1, §. 11 *ne quid in flum.* (XLIII, 13).

(2) *Das Obligationenrecht. des heut. röm Rechts*, vol. 2, p. 303 (trad. francese Hippert. Paris, 1873, vol. II, p. 317).

(3) Il **Bruns** distingue le azioni popolari dirette a pene pecuniarie per delitti pubblici in *pretorie* e *legali:* e osserva che per tutte le pene pecuniarie o *pretorie* per delitti pubblici vi sono azioni popolari. Le pene pecuniarie legali si presentano sotto tre forme principali *a*) *multa* (*dare damnas esto*), *b*) *poena* (*multa esto)*, *c*) *legale damnatio* (*poena esto*). La seconda e la terza forma (*multa esto* e *damnatio*) appartenevano senza dubbio al processo criminale, e fra esse non correva altra differenza che le *poenae* di somme determinate (*damnatio*) nei *judicia publica* in senso stretto portavano infamia, le multe invece no (fr. 1, 2, 7 *de publ. judiciis* XMVIII 1). La formula *dare damnas esto* è quella che ne porta nel vero campo delle azioni popolari; essa si applicava ancora alle pene private legali e ai negozi privati *(legatum per damnationem)*. Dopo l'abolizione delle *legis actiones* l'importanza della formula *damnas esto* consistè solamente nell'esclusione del processo penale e nella istituzione del processo civile per siffatte pene (**Huschke,** *Die Mulcta und das Sacramentum*, p. 269-272). Nella maggior parte delle leggi penali a noi direttamente tramandate col *damnas esto* vi è un'aggiunta alla formula, secondo la quale qualsivoglia cittadino può promuovere l'azione. Dunque esse erano azioni procuratorie e il provento loro andava a vantaggio dello Stato: l'espressione *populus municipibus dare* è argomento abbastanza forte per suffragare codesta opinione. Soltanto, la rappresentanza del popolo in queste azioni è considerata diversamente che la rappresentanza delle persone private: mentre per il solito procuratore, nella formula l'*intentio* era posta pel *dominus*, la *condemnatio* per il *procurator* e quindi l'*actio judicati* competeva soltanto al procuratore, qui anche la *condemnatio* era posta a favore del popolo, cosicchè l'esecuzione poteva esser compiuta immediatamente per esso anche dai magistrati.

Le azioni popolari pretorie (eccettuate le cosidette azioni popolari miste) furono ritenute da tutti gli autori di carattere procuratorio, come le azioni pe-

ma si presenta strettamente collegata alle nostre ricerche la quistione dell' indole procuratoria delle azioni popolari (per la mas-

cuniarie legali (**Mommsen**, *Römisches Staatrecht*, 2ª ed. Leipzig. 1877, vol. I, p. 177). Il **Bruns** prendendo in esame l' *actio sepulcri violati* (fr. 3 pr. *de sepulcro violato* 47, 12), osserva che vien data un' azione pel *quantum aequum* prima a colui che ha un diritto sopra a quello (fr. 3, §. 9 h. t.) chè se non v' è alcun avente diritto, o colui che vi è non vuole agire, si dà a chiunque voglia agire un' azione per 100 aurei. Nel secondo caso l' azione è senza dubbio penale; ma anche nel primo essa non ha per fondamento e oggetto la proprietà e la sua lesione o risarcimento, ma la *sanctitas sepulcri* e la *poena violationis*. Il diritto sopra un sepolcro, come *locus religiosus* è diritto pubblico, la cui violazione porta con sè una pena, nella quale l' interesse pecuniario è considerato come secondario (fr. 6 h. t.). L' azione è dunque *unica* e in tutto e per tutto *popularis:* vi è una sola particolarità circa la persone dell' attore, che se si presenta uno speciale interessato, questi può agire per una somma maggiore della pena consueta. Donde potrà mai cavarsi un diritto dello Stato alla pena? Donde potrà rilevarsi che l' attore debba promuovere l' azione soltanto come *procurator pro populo?* Neppure gli editti penali pretorii con azioni popolari (gli editti *de positis et suspensis* e *de albo corrupto*) forniscono alcun nuovo argomento a favore della natura procuratoria delle azioni pecuniarie pretorie. Certo che non si può negare una somiglianza delle nostre azioni con la procura, poichè non essendo fondate sopra un diritto privato di un individuo come tale, ma sopra un delitto pubblico, s' intende bene che chi agisce, per quanto agisca in proprio nome e per sè stesso, agisce indirettamente anche nell' interesse del pubblico cioè dello Stato; ma la circostanza che i pupilli, le donne e gli infami sono esclusi dalle azioni popolari non si può far valere come argomento a favore della natura procuratoria di queste azioni; essi infatti sono qui esclusi per la stessa ragione che sono esclusi dalle accuse criminali (fr. 8 *de accusationibus*, 48, 2). Le azioni popolari pretorie non sono dunque di natura procuratoria: in esse l' attore conserva per sè la somma ricavata dall' azione; esse sono azioni dei cittadini in nome proprio, dirette alle relative pene.

La teorica del **Bruns** fu accolta in Germania da autorevoli romanisti. **Gierke**, *Deutsch. genossenschafr*, III, pag. 47, n. 3. — **Maynz**, op. cit. vol. I, pag. 531. — **Bethmann-Hollweg**, op. cit. II, p. 185. — **Kuntze**, *Cursus* 2 Aufl. §. 476. — **Arndts**, *Pandette* (trad. **Serafini**, I, §. 100 nota 21).

Il **Codacci-Pisanelli** per sfuggire il grave argomento dell' autorità indiscutibile che promana dall' avere i citati scrittori aderito all' opinione del **Bruns**, scrive (op. cit. pag. 71) che il compilatore di un trattato generale difficilmente può aver tempo ed agio di andare fino al fondo di ciascuna speciale questione, e che d' altronde nessuno degli scrittori citati riconosce l' esistenza di un diritto dei singoli, il quale costituisce il punto nuovo della teorica di **G. Bruns.** Mi permetto modestamente di rilevare che il prof. **Serafini** stesso (*Pandette* di

sima parte *interdetti*) a difesa delle *res publicae* e del loro pubblico uso, nelle quali rientra l'*operis novi nuntiatio*. La quistione, nota opportunamente il **Bruns** (1), si presenta rispetto ad esse sotto un aspetto alquanto diverso, che rispetto alle azioni popolari penali; in parte perchè non si tratta di pene, ma di determinate conseguenze materiali, in parte a causa della peculiarità della procedura interdittale, almeno nel più antico diritto romano; ma, in ogni modo, è dato concludere anche rispetto ad esse, in generale, che le azioni popolari a difesa delle *res publicae* ebbero il carattere popolare nello stesso modo che le azioni popolari penali, che non furono neppur esse azioni procuratorie a nome dello Stato, e che l'attore agiva per esse in proprio nome, quantunque nell'interesse pubblico, e quindi ogni profitto pecuniario ricavato dall'azione competeva a lui e non allo Stato.

Neppure io credo che possa porsi in dubbio, come il **Bruns** ha fatto (2) l'esclusione della natura procuratoria dall'azione popolare di *operis novi nuntiatio:* anche chi nuncia *novum opus juris publici tuendi gratia* agisce *nomine proprio*, e non *procuratorio nomine.*

Il fr. 8, §. 3 *de o. n. n.* (39, 1) potrebbe, per un momento, far persuasi del contrario: « *Quod si nuntiavero tibi, ne quid contra leges in loco publico facias, promittere debebis, quoniam de eo opere alieno jure contendo non meo, et tanquam alieni juris petitor repromissione contentus esse debeo* ».

Infatti in questo esempio di azione popolare di *nuntiatio*, si parla di un *alieni juris petitio*, quasi in contrapposto al *sui juris petitor*, a colui cioè che agisce nella nuntiatio ordinaria per prevenire la lesione di un proprio diritto; dal che si potrebbe dedurre che il *civis* il quale denunzia l'opera nuova costruita su suolo pubblico e *juris publici tuendi gratia*, agisce come mandatario o procuratore dello Stato che il diritto pubblico impersona e tutela. Ma prescindendo dal considerare, che la locuzione *alieni*

Arndts, I, §. 100 nota 21) scrive aver l' **Arndts** seguita l'opinione del **Bruns**, e che, per tacer degli altri, il **Maynz** dichiara (op. cit. vol. I, p. 531 nota) di accettare nelle linee fondamentali la teorica del **Bruns** esposta nello scritto inserito nella *Zeitschrift füs Rechtgeschichte* t. III p. 415-451, nel quale è svolta appunto la teorica recente.

(1) Op. cit. Arch. Giurid. vol. XXIX, p. 285.

(2) Op. cit. loc. cit. pag. 290.

juris petitor non si addice al vero concetto romano di azione procuratoria ed è anzi contraddittoria al principio rigoroso per cui le parti dovevano sempre agire in proprio nome (1), noto col **Bruns** (2) che la limitazione alla *repromissio* invece della *satisdatio* fatta dal fr. 8, §. 3 dimostra appunto che il denunziante la nuova opera *juris publici tuendi gratia* non è considerato come *procurator;* perchè al procurator è fatto espresso obbligo dal fr. 5, §. 18, 20 *de o. n. n.* di chiedere la *satisdatio*, contro la *cautio rati* ch'egli è tenuto a prestare.

Ma perchè il nunciante *juris publici tuendi gratia* si deve contentare della repromissio, *(repromissione contentus esse debeo)* e non può chiedere la *satisdatio?* Il **Bruns** si pone il quesito, ma non lo risolve (3); il **Rudorff** (4) tenta di spiegare il differente trattamento del nunciante per la tutela preventiva di un diritto pubblico, colla natura stessa del diritto alla tutela del quale egli agisce; dice che si può esigere una cauzione materiale, solo quando si faccia valere un diritto patrimoniale materiale, non già quando si faccia valere soltanto un diritto pubblico. Il **Bruns** (5) sembra che a codesta spiegazione possa esser di ostacolo il fr. 20, §. 13 *de o. n. n.:* « *Si satis datum non est sed repromissum interdicto locus non erit, neque enim permittendum fuit in publico aedificare, priusquam appareat quo jure quis aedificet* ». Non lo credo: da quel frammento appare come per le opere costruite in luogo pubblico l'interdetto *ne vis fiat aedificanti* (fr. 20, §. 5

(1) Fr. 73, §, 4 *de reg. juris* L, 17. È vero che il principio rigoroso valeva per il *mandatarius* vero e proprio e non per il *procurator;* ma è da osservarsi che la distinzione fra *mandatarius* e *procurator* non è delle fonti, e che solo venne sostenuta dall'**Aman** *(Ueber den Begrifl des procurator und des mandatarius,* Heidelberg, 1879) e dall'**Ihering** (*Ann. Dogm.* I, p. 273; II, p. 67), e combattuta anzi veramente da **Schlossmann** (*Der Begitzerwerb durch Dritte,* Leipz., 1881, §. 2-8; 10-12); che la parola *mandatarius* non è delle fonti (**Arndts-Serafini,** *Pandette,* vol. I, 4ª ediz. §. 76 nota 7); e, in ogni modo, che se all'antico rigoroso principio le crescenti relazioni commerciali costrinsero a derogare nel diritto più recente, le deroghe si limitarono a casi tassativamente indicati nelle fonti (Cfr. **Arndts-Serafini,** op. cit. loc. cit. nota 10).

(2) Op. cit. loc. cit.

(3) Op. cit. loc. cit.

(4) *Iahrbuch. des gem. deutschen Rechts,* IV, p. 145.

(5) Op. cit. loc. cit.

h. t.) non abbia luogo; e non abbia luogo perchè esso soltanto può sperimentarsi da chi abbia prestato una *cauzione reale (satisdatio)*, e non una cauzione verbale *(repromissio)*: e cauzione verbale e non reale era tenuto a prestare colui che aveva cominciato a edificare sul suolo pubblico.

Sorge peraltro spontanea la domanda: a che cosa valeva dunque la *repromissio*, se con essa non si rimaneva nel possesso dell'*jus aedificandi*, tutelato dall'interdetto del pretore?

Il **Vangerow** ne spiega assai bene la ragione.

« Wir haben bisher von der Kaution geredet, welche daun Platz greift, wen di o. n. n. in Privatinteresse des Nuntianten vorgenommen ist.

» Geschah dieselbe aber publ. juris tuendi gratia; So kommt keine satisdatio, souderm eine blose repromissio von Seiten des Nuntiaten vor l. 8, §, 3 h. t. l. 1. §. 6 de stip. praet. (46, 5), aber diese repromissio Gewährt auch nich das Recht, fortzubauen l. 7, §. 4 de pact (2, 14), und das den kaventen sonst zustehende prohibitorische Interdikt Cältt. hier hinweg l. 20, §. 13 h. t.

» Der Nuntiat ist hier vilmehr zu einer solchen repromissio verpflichet um in jeden Falle den Nuntianten, für den Fall, das doch etwa fortgebaut werden sollte, wegen der Demoliruns-koften sieher zu stellen (1) ».

Codesta spiegazione che non può non soddisfare, costituisce, a mio avviso, un nuovo riscontro per il vero concetto delle azioni popolari considerate dal punto di vista di azioni a tutela delle *res publicae*. Come notò, pel primo l'**Ihering** (2), l'azione popolare in questo senso sorge direttamente dal generale diritto di tutti i cittadini all'uso comune delle *res publicae*; ogni cittadino agisce perciò alla tutela immediata del proprio diritto soggettivo all'uso di queste cose, uso che ad ogni cittadino appartiene. Questa è la vera e propria *actio popularis, quae suum jus populo tuetur* (3).

Noi moderni compenetrati nelle teorie organiche dello Stato, aventi sempre dinnanzi una concezione dello Stato astratta e immateriale, distinta da quella dei sudditi, capace subietto di diritti patrimoniali sulle cose pubbliche, possiamo solo incompiutamente afferrare questo concetto di un diritto universale di

(1) **Vangerow,** *Lehrbuch der Pandekten*, vol. III, §. 676, pag. 437-540.

(2) *Der Streit* etc. p. 39.

(3) **Bruns,** op. cit. loc. cit. p. 297.

tutti i cittadini, del *populus*, e non dello Stato astratto, ma del *populus* effettivo, risultante dalla collettività dei cittadini sulle *res publicae*, ma tale era pure il concetto romano, meno astruso del nostro, ma più superbo e più vero, più rispondente alla realtà delle cose e alla necessità dei fatti, più consentaneo all'efficacia di qualche rimedio giuridico e più armonico nell'ammirevole sistema del diritto antico.

Il fatto per cui il nunciante *novum opus, juris publici tuendi gratia* si doveva contentare della *repromissio* e non poteva ottenere dal nunciato la *satisdatio*, fornisce, dicevo, un potente riscontro di codesto concetto. Se quella *repromissio* costituiva una garanzia del tutto personale del nunciante, e se forti ragioni di ordine pubblico impedivano che si potesse impetrare la *satisdatio* per gli effetti che avrebbe portato, se da una parte il diritto supremo il quale aveva su quelle *res publicae* tutta la collettivitá dei *cives*, impediva che venisse data una garanzia reale per mantenere il nunciato nel suo *jus aedificandi*, e dall'altra parte il nunciante, *il civis*, poteva ottenere, *a pura garanzia personale*, una semplice *repromissio*, non è chiaro che di una tale *nuntiatio* doveva essere il sostrato un diritto subiettivo, individuale di chi intentava l'azione?

Non ci sarebbe per vero nessuna ragione di togliere al nunciato la possibilità di prestare una *satisdatio* e rimaner nel possesso del suo *jus aedificandi*, ancora quando egli avesse fabbricato su suolo pubblico, se il *civis* nunciante fosse un vero e proprio mandatario dell'ente Stato, di quel suolo pubblico proprietario (1); giacchè, se non m'inganno, in questo senso intenderebbe

(1) Tale é, in sostanza, il concetto degli oppositori della teoria del **Bruns.** I quali non sono pochi e sono autorevoli. Oltre che nel lavoro fortissimo del **Codacci-Pisanelli** citato, la teoria del **Bruns** si trova combattuta da **Maschke,** *Zur Theorie und Geschichte der Popularklage,* Zeitschr. der Sav. Stift., 1885, VI, p. 226-59, (il lavoro é esclusivamente diretto a sostenere l'esistenza in Roma del concetto astratto di Stato), da **Colonieu,** *Les actions populaires en droit romain,* Paris, 1885, (sostiene la natura procuratoria delle azioni popolari e scrive (pag. 48) che in tutte « le demandeur represente directement l'état, qu'il n'est le procurator »), da **Paalzow,** *Zur Lehre von den röm. Popularklagen,* Berlino, 1888. (Sostiene in tutte le azioni popolari il carattere procuratorio, ma non crede che nulla abbia a che fare con quel carattere la spettanza o meno del provento all'attore; riconosce negli interdetti popolari un'affinità alle azioni popolari).

il principale sostenitore della teoria contraria, il **Codacci-Pisanelli** (1) la famosa definizione delle cose pubbliche, contenuta nel fr. 15 *de verb. signif.* (L, 16): « Sola enim ea publica sunt, quae populi romani sunt », dando alla parola *populus* il significato di *Stato.*

Se è dunque lo Stato, la persona, la quale, per mezzo di un qualsiasi cittadino suo procuratore, intenta l' azione alla tutela di un proprio diritto *(jus suum populi tuetur)*, perchè non dovrebbe *per una satisdatio ricevuta,* concedere l' interinale possesso di *jus aedificandi,* che allo Stato medesimo spetta? E perchè invece il cittadino nunciante si deve contentare, di una garanzia verbale, strettamente personale, come la *repromissio?*

Non saprei davvero concepire la ragione di codesta esplicita anomalia legislativa, se non ammettendo che la *repromissio* dovesse soltanto servire a tutelare il diritto individuale di chi nunciava, il diritto subiettivo dell' attore, come membro della collettività (populus), e supponendo che codesto *civis* non potesse ottenere una vera e propria *satisdatio,* perchè essa avrebbe portato l' interniale possesso di un diritto a tutti spettante, dietro la garanzia reale ad uno solo, di quei tutti, prestata. In questo modo soltanto può giustificarsi la ragione del fr. 20 §. 13, de *o. n. n.* « proinde si satisdatum non est, sed repromissum, interdicto huic locus non erit, neque enim permittendum fuit in publico aedificare, priusquam appareat quo jure quis aedificet ».

Che se si pensa d' altra parte, come un recente scrittore fece ossservare (2), quanto fosse contrario al genio romano il concetto di uno Stato astratto, diverso essenzialmente dai singoli che lo compongono; e quanto fosse, in genere, repugnante a tutto il sistema del diritto antico l' ammissibilità di forti astrazioni; e se si pensa inoltre come la stessa costituzione di Roma basata sull' organismo gentilizio, giustifichi la sussistenza di una « comunità indivisa di diritto (3) » dalla quale l' **Ihering**, volle appunto emanassero le azioni popolari, risulterà ancora più all' evidenza la fallacia della teoria procuratoria di queste azioni popolari romane, a difesa della *res publicae.*

(1) Op. cit. pag. 10 e segg.

(2) **Emilio Costa,** *A proposito di alcuni recenti studi sulle azioni popolari romane (Riv. ital. per le scienze giuridiche di* **Schupfer,** vol. XI, anno 1891, pag. 366 e seg.).

(3) *Esprit du droit rom.* vol. I, pag. 203-4.

V.

L'*operis novi nuntiatio juris nostri conservandi causa* si manifesta come la più importante e come quella che ebbe nelle fonti una trattazione minuziosa e completa: essa fu chiamata dall'Hasse (1) en dal De-Vito (2) *nunciazione ordinaria;* e dopo i lavori dello **Stölzel** e del **Burckard**, nulla di nuovo vi è a dire sulla procedura di questa.

La distinzione fatta dagli scrittori fra *o. n. n. publica* e *privata*, *verbale* e *reale* non ha nessun fondamento: Non la distinzione fra *o. n. n.* publica e privata, perchè l'*o. n. n.* fu per dir. romano atto essenzialmente straguidiciale e privato; l'opera nuova poteva esser denunciata dal privato, con semplici parole, senza ricorso all'autorità giudiziaria, (Nuntiatio ex hoc edicto non habet necessariam Praetoris aditionem, potest enim nuntiare quis, etsi eum non adierit — fr. 1, §. 2 *de o. n. n.*). Si poteva adire il pretore per ottenere l'autorizzazione, ma l'atto di denuncia si eseguiva sempre privatamente (3): gli scrittori erroneamente dissero la *denunzia pubblica*, la *prohibitio per Praetorem*, di cui parlano i fr. 5 §. 10 *de o. n. n.* e 3 §. 1 *h. t.* e il fr. 1 §§. 5-8 *quod vi aut clam* (XLIII, 24). Codesta *prohibitio* era un opposizione formale alla continuazione di opere fatte da altri sul nostro proprio terreno; il vicino recalcitrante diveniva dopo la *prohibitio* passibile del'interdetto *quod vi aut clam* (4). Il **Maynz** osserva

(1) *Ueber di o. n. n. Rhein Mus, für Iurispr.* III, Bonn. 1829.

(2) Op. cit. pag. 8.

(3) **Vangerow,** *Pandekten*, §. 676, n. 4. — **Stölzel,** op. cit., p. 349 — **Burckard,** op. cit., p. 42 seg. — **De-Vito,** op. cit., §. 4 e 10.

(4) Dig. *quod vi aut clam* (XLIII, 24). È interdetto essenzialmente *restitutorio* (Cfr. **Buonamici,** op. cit. pag. 435): tende a ristabilire le cose come erano ed alla riparazione dei danni conseguenti. (Cfr. **Maynz,** op. cit., vol. II, pag. 527, §. 283. — **Schupfer,** *Diritto delle obbligazioni*, pag. 495 e segg. — **Hasse,** *üb d. interdictum quod vi aut clam* (Rhein Mus, IV, 1) — **Schmidt,** *üb die Stellung des interd. quod vi aut clam in röm. Actionensystem und in der röm. Praxis* (Giess Zeitschr. N. S. I, 7) — **Zimmermann,** *üb d. interdictum quod v. aut clam* (Ach. f. civ. Praxis, XII, 7). — **Stölzel,** op. cit., pag. 341 e segg.

giustamente (1) che codesta procedura energica e speditiva doveva essere di gran lunga preferibile alla denunzia di nuova opera, e perciò Ulpiano la consiglia di preferenza (fr. 5 §. 10 *de o. n. n.*): ma, per sperimentarla, era necessario esser sicuri del proprio possesso, perchè, turbando arbitrariamente il vicino nei suoi lavori, ci si esponeva all' interdetto *uti possidetis* e alle pericolose sorti di quell' azione (fr. 3 §. 2 D. *uti possidetis* — XLIII, 17).

Neppure ha giuridico fondamento la distinzione fra denunzia *verbale e reale*: la denunzia di nuova opera fu sempre fatta *verbis:* l' inibizione simbolica dell' *iactus lapilli* (2) nulla ebbe a che fare con l' *o. n. n.* essa servì solo di fondamento all' interdetto *quod vi aut clam:* il fr. 5 §. 10 *de o. n. n.* lo dimostra, contrapponendo esplicitamente l' inibizione per *iactus lapilli* alla *o. n. n.* « *melius est per Praetorum vel per manum, id est lapilli iactum prohibere, quam operis novi nuntiatione* ».

La sola formalità cui poteva andar sottoposta l' *operis novi nuntiatio* anche nel diritto delle Pandette fu la solenne invocazione dei testimoni, *testatio* (fr. 8 §. 1 *de o. n. n.* fr. 1 §. 7 *quod vi aut clam* XLIII, 24) (3). Ma codesta invocazione era neces-

(1) Op. cit., loc. cit.

(2) L' uso della forza (*per manum id est lapilli iactum* valeva come la formale *prohibitio per Praetorem* allo sperimento dell' interdetto *quod vi aut clam quod vi aut clam*, XIIII, 78). Di codesta inibizione simbolica dell' *iactus lapilli* il **Cuiacio** (opere t. X, 1174, ed. Napoli, 1758) e molti moderni pensarono che fosse una *simbolica protesta*, consistente nel lanciare una pietra contro l' edifizio arbitrariamente cominciato. Il **Maynz** crede che simboleggi la dispersione delle pietre impiegate nella costruzione dell' opera nuova (op. cit. loc. cit. n. 31); altrimenti (scrive) « la nature symbolique de l' acte est difficile à concilier avec les textes qui representent l' *iactus lapilli* comme une *voie de fait, per manum*, en opposition à la simple protestation ». Secondo il **Buonamici** (op. cit. pag. 526) le parole *prohibere per manum, id est lapilli iactum* non hanno altro valore che quello di un divieto o di un intimazione a cessar di lavorare. Il fatto per cui l' *iactus lapilli* non può avvenire se non per un' opera cominciata sul *nostro* proprio terreno, fornì al **Maynz** un argomento per sostenere la natura di *via di fatto*, di *violenza* in questa simbolica inibizione. Credo peraltro col **Buonamici** (op. cit. loc. cit.) che, come la formalità richiedeva la presenza di testimoni, allora quando dalle antiche forme del diritto si venne alle nove e più ideali, il denunciante non potendo andare nel *terreno altrui, co' testimoni* a compier l' *iactus lapilli*, si presentasse assai più congrua la vera *nunciatio*.

(3) Cfr. **Stölzel**, op. cit., pag. 22.

saria? Il **Maynz** (1) e lo **Schupfer** (2) credono di no: fu necessaria probabilmente (essi dicono) nell'antico diritto (3), come in qualunque altra denunzia, nel diritto più recente, poteva essere utile, a cagione di prova, non necessaria.

Coerentemente a quanto mi lusingo di aver dimostrato circa la storia del nostro istituto, e al sorgere relativamente recente di quello, mi sembra si debba ritenere, non aver mai avuto l'*o. n. n.* la formalità necessaria della solenne *testatio*, come ebbe p. es. l'*jactus lapilli:* l'adibizione di testimoni andò probabilmente sempre congiunta allo sperimento della denunzia, ma soltanto a titolo di prova, non a titolo di forma giuridicamente prescritta, come inerente alla natura intrinseca dell'atto: voglio dire insomma che l'*o. n. n.* non fu mai, neppur nella sua origine, un atto formale (4).

D'altronde il **Maynz** e lo **Schupfer** a sostegno della probabilità che l'*o. n. n.* richiedesse necessariamente nell'antico diritto la solenne *testatio*, non sanno addurre altro argomento che quello del fr. 1 §. 7 *quod vi aut clam* (XLIII, 24); nel quale si parla è vero di una *denuntiatione contra testationem;* ma non si dice altro, da autorizzare la ardita illazione: anzi il fatto che si parli di una *denuntiatio contra testationem*, mi sembra che, sempre nel campo delle ipotesi, potrebbe se mai indurre a ragionare nel senso inverso, e concludere che poteva darsi una *denuntiatio* in cui la *testatio* non vi fosse stata.

L'effetto della *nunciatio* consisteva nel far desistere il nunciato immediatamente dall'opera, indipendentemente dal suo materiale diritto (*sive jure, sive iniuria opus fieret*) (5) a costruire; ed ogni continuazione abusiva dell'opera s'intendeva fatta *contra*

(1) Op. cit., vol. II, §. 283, n. 38.

(2) Op. cit., pag. 501.

(3) La *testatio* è infatti uno degli elementi dei più antichi atti giuridici; si aveva nella *confarreatio*, nella *mancipatio*, nel *nexum*, nella *cretio*, nelle *denuntiationes (in jus vocatio)*, nella *litis contestatio*. (Cfr. **Padelletti-Cogliolo**, op. cit., pag. 204 nota *m*).

(4) Un atto è, per me, *formale*, nel significato meravigliosamente chiarito dall'**Ihering** (*Esprit, du dr. romain*, vol. III, §. 50), allora quando l'inosservanza della forma giuridicamente prescritta per la sua manifestazione, reagisce sull'atto stesso.

(5) fr. 20, §. 3, h. t.

praetoris edictum; il nunciante poteva usare dell'interdetto restitutorio del pretore (fr. 20, pr. *h. t.*), col quale poteva domandare la ***restitutio in pristinum.*** Codesto interdetto fino dai tempi della glossa fu detto, come nota il De-Vito (1), ***interdictum demolitorium.*** Il nunciato poteva, se lo preferiva intentare, invece di codesto ***interdictum demolitorium,*** l'***interdictum quod vi aut clam*** (fr. 7, §. 2 — fr. 1, §. 7 *quod vi aut clam* XLIII, 24) (2).

Quasi tutti gli scrittori osservano, a questo punto, che la provvisoria inibizione per il nunciato di continuare i lavori, cessava soltanto per la *remissio pretoria* e per la *causione stragiudiciale* (3).

A mio modesto avviso vi era, nel diritto romano, un terzo mezzo per far cessare gli effetti della denunzia: la *remissio privata.* Si desume molto bene dal fr. 1, §. 10 *h. t.* : « Si post opus nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus feceret, an danda sit conventionis exceptio? Et ait Celsus: dandam nec esse periculum, ne pactio privatorum *iussui* Praetoris anteposita videatur. Quid enim aliud agebat Praetor quam hoc, ut controversias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesseriut, debebit id ratum habere ». A questa ampia facoltà concessa al privato di recedere stagiudicialmente dalla inibizione; fa eccezione il caso dell'*o. n. n. juris publici tuendi gratia* (fr. 7 §. 14 *de pactis* II, 14). Non può in quel caso il nunciante rimettere privatamente la denunzia, come non può chiedere al nunciato una *cauzione reale de demoliendo* e si deve contentare della *repromissio* (fr. 8, §. 3 *de o. n. n.*): la ragione è sempre la medesima, e questa nuova applicazione del principio è una riprova della giustezza del principio stesso: chi denunzia *pubblici juris tuendi gratia* difende soltanto in parte un proprio diritto, indirettamente egli agisce alla tutela del diritto di tutti; non può dunque egli solo, il cui diritto soggettivo costituisce una minima parte del generale diritto della collettività sulle

(1) Op. cit. pag. 10, cfr. anche **Buonamici,** op. cit. pag. 432.

(2) Cfr. **Maynz,** op. cit., vol. II, §. 283, nota 59, pag. 550. — **Arndts-Serafini,** *Pandette,* vol. II, §. 330, nota 6 — **Stölzel,** op. cit., pag. 227. — **Burckhard,** op. cit., pag. 240. — **Windscheid,** §. 466, nota 13.

(3) Il **De-Vito** (op. cit., pag. 10) che riassume molto bene tutti i lavori precedenti rammenta due soli mezzi:

a) la remissio pretoria

b) la cauzione stragiudiciale.

cose pubbliche patteggiare sulla violazione di codesto diritto, del quale, una volta domandata la tutela, solo il magistrato può giudicare sull' opportunità di recedere da quella (1).

Gli effetti dell' *o. n. n.* si estinguevano ancora colla *stipulatio ex operis novi nuntiatione*, per la quale l' imprenditore dava una cauzione mediante satisdazione *de eventualiter demoliendo aut restituendo* (fr. 21, §. 1. *h. t.*). Ottenuta la cauzione, il nunciante non poteva più turbare il nunciato nella sua opera, e, in caso di turbazione, quest' ultimo poteva farla cessare con un interdetto proibitorio: è l' interdetto del fr. 20, §. 9 *h. t.*

Il fr. 1, §. 6 *de stipulationibus praetoriis* (XLVI, 5) esamina le forme che può assumere codesta cauzione *de demoliendo:* « de eo opere quod in privatum factum erit, satisdari, de eo, quod in publico, repromitti oportet ». È dunque cauzione *reale* (satisdatio), quando si tratti di opera cominciata su suolo privato, è cauzione *verbale* (repromissio), quando l' opera fu iniziata su suolo pubblico (2).

La *stipulatio ex operis novi, nuntiatione* è una *stipulatio praetoria* e rientra nella prima delle tre specie di stipulazioni pretorie distinte da Ulpiano, fr. 1, pr. *de stip. praet.* XLVI, 5. « Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species: judiciales, cantionales, communes » (3): essa è, nel senso della distinzione fatta

(1) Cfr. sopra §. IV.

(2) Cfr. sopra §. IV e i fr. citati 8 §. 2 e 20 §. 13 *de o. n. n.*

(3) Le *stipulationes praetoriae* sono probabilmente antichissime e furono in uso anche sotto il rigoroso impero delle *legis actiones* (**Padelletti-Coglio,** op. cit., pag. 345): la *sponsio* e *la restipulatio tertiae partis* nella *legis actio per condictionem* fornisce un esempio di possibile applicazione di *stipulatio praetoria* sotto quell' antico sistema di procedura: ma lo sviluppo delle *stipulationes praetoriae,* delle *cautiones* e *satisdationes* si ebbe nel sistema formulare, sempre forse sulla base delle *sponsiones*, usate nel sistema delle *legis actiones.* Anche per questo lato si ottiene un argomento per la non grande antichità dell' *o. n. n.*, e del sorgere di questo istituto posteriormente all' introduzione del sistema formulare.

Quali erano del resto le *stipulationes praetoriae* che si avevano nel periodo delle *legis actiones?* Credo che manchi un lavoro in proposito, perchè quello del **Lenel** (*Das Edictum Perpetum*, titolo XLV) si riferisce soltanto alle *stipulationes praetoriae* del *sistema formulare*, ma non conosco il lavoro di **Schirmer** *Ueber die praetorischen ludicial Stipulationen* Greifswald 1853, che trovo rammentato da **Muirhead** (op. cit. pag. 383, nota

da **Ulpiano**, *judicialis*, cioè imposta dal magistrato perchè il giudizio abbia il suo effetto (*quae propter judicium interponitur*), ed è perciò in diretto rapporto col giudizio che le deve seguire, a differenza della *stipulatio cautionalis*, la quale è affatto indipendente da alcuna azione già promossa dalla parte, a cui favore il magistrato impone la stipulazione contro l'altra parte, cui viene imposta.

Come si rileva dal fr. 13, §. 1. *h. t.* la *cautio de demoliendo* nell'*o. n. n.* era limitata ad un certo tempo, nè poteva il nunciante nunciare di nuovo nel tempo in cui la stipulazione aveva sempre effetto (*non permittitur iterum nuntiare*, *quamdiu stipulatio ex operis novi nuntiatione tenet*). Ove la cauzione non venga accettata, vale lo stesso l'offerta (fr. 20, §. 5 *h. t.*) (1). Se poi la denunzia è stata fatta *damni depellendi causa,* invece che *juris nostri conservandi causa*, invece della *cautio de demoliendo* va prestata la *cautio damni infecti*, (fr. 1, §. 16, 17, *h. t.*) (2).

L'*operis novi nuntiatio* si estingueva in terzo luogo per la *remissione* del magistrato. Il denunciato il quale voleva liberarsi dalla inibizione di proseguir l'opera, prodotta dalla denunzia, poteva domandare la remissione alla competente autorità: (fr. 5, §. 17 in fine *h. t.*), e la domanda era, senz'altro, esaudita, se colui, il quale aveva fatta la denuncia come procuratore non prestava la

920): mi sembra peraltro che si potrebbe sostenere p. es. l'esistenza della *stipulatio praetoria* per la *cautio damni infecti,* anche nel sistema delle *legis actiones;* se non altro pel famoso passo di **Gaio** (Comm. IV, 31) « lege agere damni infecti etc. ».

Molto opportunamente nota il **Buonamici,** (op. cit. pag. 500) che l'istituto delle *stipulationes praetoriae* fu uno di quegli istituti procedurali, che non solo esercitò un grandissimo influsso, ma quasi creò il diritto civile: la *stipulatio praetoria* per la *cautio damni infecti* chiamata da Ulpiano *cautionalis*, più che un vero atto di procedura è da considerarsi come una speciale maniera di obbligare introdotta dal pretore, (*instar actionis*, fr. 1 §. 2 de *Stip. praet.* 46, 5). Di queste stipulazioni pretorie, alcune (quale forse la stessa *cautio damni infecti*) ebbero probabilmente origine dall'*jus civile*, e furon dette pretorie unicamente perchè i casi in cui esse potevano aver luogo erano determinati dall'Editto. (Cfr. **Muirhead**, op. cit. pag. 384). In generale sulle stipulazioni pretorie cfr. **Keller,** op. cit. §. 74-80. — **Bethmann-Hollweg,** op. cit. II, §. 98, 119-121. — **Bekker,** *Actionen*, II, cap. 16-18. — **Buonamici,** op. cit., pag. 499-519.

(1) Cfr. **Arndts-Serafini,** *Pandette*, vol. II, §. 330, nota 11. — **Schupfer,** op. cit., pag. 503.

(2) Cfr. sopra §. III, e **Burckhard,** op. cit. pag. 145.

cauzione *de rato:* « qui procuratorio nomine nuntiavit, si non satisdabit, eam rem dominum ratam habiturum, nuntiatio omni modo remittitur, etiam si verus sit procurator (fr. 5, §. 18 *h. t.*) ». Fuori di questo caso, il magistrato sulla domanda di remissione, deve esaminare se, supposto vero il diritto asserito dal nunciante (*jus prohibendi*), esso sia tale, che giusta le previsioni dell' editto, autorizzi la concessione dell' interdetto.

Scrive il **De-Vito** (1): « il pretore rilascia un interdetto proibitorio, il quale, come tutti gl' interdetti è un precetto ipotetico, mercè cui s' impone al nunciato di ubbidire al divieto, sotto la condizione che al nunciante competa l' *jus prohibendi:* così, la domanda di remissione fa cambiare l' incondizionato divieto del privato, in un condizionato divieto del pretore ». Così dietro le orme del **Burckhard** (2) il **De-Vito**: io non credo peraltro che, allora quando il pretore respingeva la domanda di remissione concedesse al nunciante un nuovo interdetto proibitorio in suo favore, credo invece ch' egli decretasse senz' altro il mantenimento della inibizione prodotta dall' *o. n. n.* per la quale, il nunciato era protetto dall' interdetto restitutorio del fr. 20 pr. h. t.; ammetto bensì che la protezione dell' interdetto fosse subordinata all' effettiva esistenza nel nunciante del *jus prohibendi*, e che, anche questo, come tutti gl' interdetti fosse un precetto ipotetico. Di questo nuovo interdetto proibitorio che il pretore avrebbe rilasciato respingendo la domanda di remissio, non si trova menzione nelle fonti, mentre dalla formula onde il Pretore pronunziava la *remissio*, quale il **Burckhard** (3) l' ha dedotta dal fr. un *de remiss.* (43, 25) apparisce chiaro, che il Pretore non faceva altro che decretare il mantenimento della inibizione prodotta dalla denuncia: « Quod jus sit illi (nunciante) prohibere, *in eo nuntiatio teneat*, ceterum nuntiationem missam facio ».

Se invece il titolo addotto dal nunciante non è tale, che, supposto vero, giusta le previsioni dell' editto, non autorizzi la concessione dell' interdetto, il pretore dichiara la incondizionata assoluzione del nunciato dalla privata inibizione.

Le modificazioni portate nella procedura del nostro instituto dalla costituzione di Giustiniano (cost. un cod. *de o. n. n.* — VIII, 11) resero

(1) Op. cit. pag. 11.
(2) Op. cit. pag. 273 e segg.
(3) Op. cit. pag. 297.

più celere e più semplice l'esaurimento della controversia iniziata dalla denunzia di nuova opera. Nel diritto delle Pandette, come abbiamo veduto, il nunciato, sia prestando la cauzione stragiudiciale. sia ottenendo dal pretore la *remissio* rimaneva nel possesso interinale del *jus aedificandi*, e il nunciante doveva aprire il giudizio petitorio per dimostrare la reale esistenza del suo *jus prohibendi*. Se invece il nunciato non prestava la cauzione o non otteneva la remissione, il nunciante rimaneva, colla denunzia, nel possesso interniale del *jus prohibendi*; e il nunciato doveva farsi attore nel giudizio petitorio, a provare il suo *jus aedificandi*: Egli non si liberava dalla inibizione altrimenti che colla prescrizione annuale della denunzia (cost. un. Cod. h. t.). Sembrò a Giustiniano iniqua sotto due aspetti una tale disposizione: « Quod duplice iniquum nobis esse videtur; sive etenim non recte opus prohibuerit decet non per totum annum hoc impediri, sive recte denuntiatione emiserit, etiam post annum licentiam habere aedificationem prohibere » (cost. citata). D'altra parte gli avvenuti mutamenti processuali e l'abolizione dell'*ordo judiciorum privatorum*, avvenuta sotto Diocleziano (1) avevano già assai notevolmente trasformata la procedura del nostro instituto prima ancora della opportuna innovazione introdotta da Giustiniano.

Nel periodo giustinianeo dunque rimane l' efficacia della protesta privata, legalmente promossa; il nunciato può domandare la remissione; ma la domanda per l' abolizione dell' *ordinaria cognitio* (*in jure e in judicio*), non può condurre a un decreto condizionato di remissione, sibbene ad una sentenza definitiva (2); perciò il nunciato, colla domanda di remissione, viene a costringere il nunciante a giustificare il suo *jus prohibendi*, cioè a farsi attore. L' opera non può più continuarsi dietro cauzione, altro che nel caso in cui il giudizio non sia stato esaurito in tre mesi; il nunciato può allora continuar l' opera: « prius fidejussore ab eo dato officio urbicariae praefecturae vel

(1) Cost. 2 *de paedan. judiciis* III, 3 — cost. 3, 4, 5 h. t. e titolo Codice *de formulis* (II, 58) — **Buonamici,** op. cit. pag. 398 e seg. — **Muirhead,** op. cit. pag. 379 e segg. — **Keller,** *Röm* C. P, §. 81. — **Bekker,** *Aktioneu,* II, cap. 23. — **Bethmann-Hollweg,** op. cit. III, §. 122. — **Padelletti-Cogliolo,** op. cit., pag. 673, cap. 41.

(2) Cfr. **De-Vito,** op. cit. pag. 12.

provinciali, ut, si non recte aedificaverit, omne opus quod post denuntiationem fecerit *suis sumtibus* destruet ».

Ma il prefetto dell' urbe e il rettore della provincia debbono procurare in ogni modo, che la controversia si esaurisca dentro tre mesi (*intra trium mentium spatium causam dirimere*): in tal modo le infondate denuncie verranno meno, le oneste e legali saranno maggiormente garantite: *Sic et operas non per inanes denuntiationes prohibentur et recte denuntiantibus consuletur* (cost. un. Cod. *de op. n. n.* VIII, 11).

VI.

I due requisiti essenziali per lo sperimento dell'*o. n. n.* sono, l'*opus novum* (fr. 1, §. 1 h. t.) e l'*jus prohibendi* (fr. 1, §. 17 h. t.); il primo di natura *oggettiva*, riguardante le modalità dell' opera che lede il diritto, il secondo di natura *soggettiva* riguardante l'essenza del diritto che può venir leso, e per il quale si agisce.

Esaminiamoli tutti e due sommariamente:

L'*opus* deve essere prima di tutto *solo coniunctum* (hoc antem edictum non omnia opera complectitur, sed ea sola, quae solo coniuncta sunt, quorum aedificatio vel demolitio videtur opus novum continere — fr. 1, §. 12 h. t.), perciò il taglio delle messi o la potatura degli alberi non sono compresi nell' editto (fr. 1, §. 12, h. t.): e deve essere *novum*, ma la novità può consistere anche nella mutazione o nella demolizione di un' opera già esistente (fr. 1. §. 11: *aut aedificando, aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat*). Non è opera nuova quella fatta per mantenerne un' altra che già esiste (fr. 1, §. 13, h. t.).

L' opera deve esser soltanto preparata e cominciata e non compiuta (fr. 1, §, *h. t.*) perchè lo scopo della denunzia è puramente preventivo, come quello d' impedire il compimento di un lavoro; se l' opera fosse compiuta cesserebbe ogni ragione di sperimentare una tutela preventiva, e subentrerebbe la ragione di una tutela riparativa, per la reintegrazione del diritto violato (1).

(1) Il solo apparecchio dei materiali per la costruzione basta per poter *nuntiare novum opus?* Sostengono l' opinione affermativa **Mühlenbruch,** D. P. §. 463. **Burckhard** op. cit. p. 24, 25; sostiene la negativa il **De-Vito** (op. cit. pag. 20). Non portata all' esagerazione, la teoria del **Burckhard** mi sembra

L'esame dell'*jus prohibendi* nel quale s'impersona tutta la teorica del nostro instituto, giustifica splendidamente il concetto di questa tutela preventiva del diritto di cui l'*o. n. n.* è il mezzo più efficace; in armonia a quanto mi lusingo di aver dimostrato nelle prime pagine di questo studio.

Escludo prima di tutto, come non rispondente alla voce dei testi, la sottile opinione dello **Stölzel** (1), secondo il quale l'*jus prohibendi* sarebbe la emanazione di un diritto reale che può esser fatto valere con l'*intentio* della formula « *jus mihi esse prohibere* », per modo che soltanto il proprietario e il titolare di una servitù proibitiva potrebbero sperimentare l'*o. n. n.* Il **Burckhard** combattendo codesta idea (2) ha chiarito molto bene il vero concetto dell'*jus prohibendi:* esso è la emanazione di un diritto reale che può esser fatto valere con un'*actio in rem confessoria* o *negatoria;* infatti l'*intentio* della formula di codeste azioni, sia diretta ad un *facere*, ad un *habere* o ad un *prohibere*, ha sempre un effetto *proibitorio* per tutte le servitù (fr. 9 pr, *si servitus vindicetur* VIII, 5 « *Si eo loco per quem iter debetur, tu aedifi-*

più accettabile e più armonica allo scopo di tutela preventiva cui è diretto il nostro istituto. Perchè si dovrebbe attendere la violazione del diritto? Se la legge ci accorda un mezzo per ovviare codesta violazione ed evitare poi la possibile demolizione di quanto si vuol costruire, perchè non si dovrà usare di codesto mezzo quando, per l'apprestamento dei materiali, l'intenzione di costruire si dimostra certa nel nostro vicino? Dico non portata all'esagerazione; bisogna naturalmente che non resti in me alcun dubbio dell'intenzione di costruire nutrita dal mio vicino, e che codesta nuova opera non sia soltanto un frutto della mia immaginazione, altrimenti farei una di quelle *inanes denutiationes* che Giustiniano voleva proibire (*cost. un. cod.* h. t.). Cfr. fr. 1, §. 1 h. t. *hoc aedictum.... adversus futura opera, adversus ea, quae nondum facta sunt ne fiant.* Se il vero significato di questo frammento potrà esser più opportunamente chiarito in altro luogo, è indubitabile intanto che da questo frammento si ricava molto bene questo concetto: la denunzia ha lo scopo generale, ampio ed essenziale di prevenire la lesione di un diritto, e a questo soltanto è diretta. Codesto scopo sarà pienamente raggiunto allora quando l'opera non avrà neppure cominciato ad invadere la sfera dei diritti di un altro, sarà soltanto raggiunto parzialmente quando, essendo già avvenuta una lesione dell'altrui diritto, l'*o. n. n.* può ottenere l'unico intento di prevenire la lesione ulteriore.

Cfr. in favore di questa tesi, i fr. 1, §. 8, *h. t.*, fr. 5, §. 10, *h. t.*, fr. 8, §. 1, *h. t.*

(1) Op. cit. pag. 24 e segg.

(2) Op. cit. pag. 64.

caveris, possum intendere jus mihi esse ire agere, quod si probabero inhibebo opus tuum »). Per la qual cosa conchiude bene il De-Vito (1), tutte le persone autorizzate a promuovere un' *actio negatoria* o *confessoria* hanno anche diritto a sperimentare l'*o. n. n.*

Ius habet operis novi nunciandi qui aut dominum aut servitutem habent (fr. 1 p. 3 de remiss. XLIII, 25).

Può dunque intentare l'*o. n. n.* il proprietario (fr. 1, §. 19, *de o. n. n.*) per un opera dalla quale sorga una minaccia di offesa al fondo che gli appartiene o alle servitù a quel fondo pertinenti, di qualunque genere esse siano (2); e può intentarla il *bonae fidei*

(1) Op. cit. pag. 25.

(2) Il fr. 14, *h. t.* parrebbe addurre un eccezione al principio della generale ammissibilità della denunzia per le servitù prediali: « Qui viam habet, si opus novum nuntiavit adversus enim qui in via aedificat nihil agit, sed servitutem vindicare non prohibetur ». In base a quel frammento, al fr. 5 pr. *h. t.*, e al fr. 6, §. 7, *Si servitus vindicetur* (VIII, 5) la **Glossa** (ad l. 14, Dig. *h. t.*), il **Duareno** (*Disp. Anni*, 17), il **Puchta** (*Pandekten* §. 396), il **Vangerow** (*Pandekten* §. 676), il **Maynz** (op. cit. vol. II, §. 283 nota 43) limitano la denunzia alle sole servitù urbane. (Cfr. **Arndts-Serafini** *Pandette*, vol. II, §. 330 nota 3). Il **Donello** che fu uno dei primi a sostenere codesta opinione *dice* espressamente (*Com, de jure civ.* XV, 46 9): « accipiendum id esse de servitutibus urbanis quae nobis debeantur a vicino: nam ante servitutem rusticam excepimus ». Il **Burckhard** (op. cit. pag. 76-77) limita la denunzia alle sole servitù continue.

Il **Coccelo** (Jur. Civ. Controv. quaest. III, *de o. n. n.* poe. 405) non vede nel fr. 14, *h. t.* una restrizione al principio generale della ammissibilità della denunzia per ogni genere di servitù prediali, ma la decisione di un caso pratico nel quale la completa violazione del diritto di servitù essendo avvenuta, la denunzia mancherebbe di scopo (nihil agit). Il **De-Vito** (op. cit. pag. 31) segue codesta opinione. La quale è certamente la più giusta: non vi sarebbe nessuna ragione perchè la *servitus viae* non dovesse esser tutelata da questo mezzo di difesa preventiva che è insito in ogni diritto reale, specialmente di fronte al generale principio sancito nella legge un. §. 3, de remiss. (XLIII, 25), nè perchè allora quando p. es. l'apprestamento dei materiali alla costruzione dell'opera facesse sorgere un ragionevole motivo di un'imminente lesione del diritto *di servitù di via*, non si potesse prevenir la lesione col denunciar l'opera nuova. Mentre d'altra parte è chiaro che difficilmente una lesione di un diritto di tal genere si potrà prevenire, e bisognerà al più delle volte ricorrere all'azione *confessoria*, una volta la lesione del diritto avvenuta.

Lo **Stölzel** (op. cit. pag. 38) in armonia al principio da lui sostenuto spiega il fr. 14 nel senso che la *servitus viae* non può esser protetta dell'*o. n. n*

possessor e tutti coloro che sono protetti da un' *actio in rem utilis* come il superficiario (fr. 3, §. 3 *h. t.*) il *creditore pignoratizio* (fr. 9, *h. t.* fr. 1 §. 5 de remissione XLIII, 25) e l'enfiteuta (p. 15, §. 26 *de damno infecto*). Essi la possono intentare tanto contro opere lesive delle servitù dei fondi, quanto contro opere lesive della sostanza dei fondi stessi perchè nella azione utile di *reivindicatio* che a loro è concessa sono comprese, come nota il **Burckhard** (1) una *utilis confessoria* diretta a respingere le lesioni parziali ai diritti di servitù pertinenti al fondo posseduto, e una *utilis negatoria* diretta a tutelare le aggressioni alla sostanza del fondo medesimo.

Anche all' usufruttuario spetta l' *operis novi nuntiatio* contro un' opera costruita dal vicino che leda un diritto inerente alla *res fructuaria*. Per quanto dovesse sussistere un radicale dissenso fra i giureconsulti romani su questo punto, pare che fosse poi accolta dai compilatori l' opinione di Giuliano (fr. *un*, §. 4, de remiss. XLIII, 25), per la quale, come veniva riconosciuta nell' usufruttuario una indipendente azione confessoria (*vindicatio servitutum*) per la tutela delle servitù pertinenti al fondo fructuario, così doveva nell' usufruttuario riconoscersi il diritto indipendente a denunziare

perchè essa non dà diritto ad una formula con l' *intentio: jus mihi esse prohibere*. Notano giustamente il **Burckhard** (pag. 35) e il **De-Vito** (op. cit. pag. 28) che non si può, dietro quel principio, trovare un' adeguata giustificazione della esplicita dizione del fr. 6, §. 7, si serv. vind. (8, 6) che ammette l' *o. n. n.* per la *servitus oneris ferendi* per la quale non è neppur data l' intentio *jus mihi esse prohibere*.

(1) Op. cit. fr. 81 sg. — **De-Vito,** op. cit. pag. 36 e segg. — Lo **Stölgel** nega nell' enfiteuta nel superficiario e nel creditore pignoratizio l' *o. n. n.* contro le opere lesive della sostanza dei fondi da loro posseduti, perchè ad essi (egli dice) non spetta la *negatoria* del proprietario e quindi l' *jus prohibendi*. Egli fonda il suo ragionamento sul fr. 3, §. 3 *h. t.* nel quale Ulpiano fa comprendere che il fondamento dell' *o. n. n.* è l' *actio utilis servitutum causa* cioè la *utilis confessoria* concessa al superficiario. Nota bene il **De-Vito** (op. cit. pag. 37) che in quel caso non poteva trattarsi di azione negatoria; ma che, se è vero che la *rei vendicatio utilis o directa* non può esser presa a base per stabilire il fondamento dell' *jus prohibendi* nell' *o. n. n.* perchè le lesioni resultanti dalle nuove opere saranno sempre parziali, è anche vero che nella *rei vindicatio utilis o directa* sono di necessità comprese la confessoria e negatoria *utilis o directa*.

l'opera che avesse minacciata la lesione di codesti diritti di servitù (1); non poteva peraltro l'usufruttuario denunciare l'opera offensiva della sostanza della *res fructuaria*, che il *dominus* avesse intrapresa, perchè mentre sembra che nel diritto delle Pandette fosse riconosciuta nell'usufruttuario una speciale *vindicatio servitutum* involuta e compresa per il più antico diritto nell'azione *confessoria* a lui spettante (*petitio usufructus*), i giureconsulti romani non arrivarono fino a distaccare dall'azione generale di *petitio usufructus*, un'*actio negatoria utilis*, che permettesse all'usufruttuario di denunziare al *dominus* l'opera da lui intrapresa e minacciante di ledere la sostanza della *res fructuaria*.

(1) Mentre nel fr. *un.* §. 4 *de remiss.* (XLIII, 25) Ulpiano, riportando l'opinione di Giuliano (*Iuliano placet*), dice che il fruttuario avendo un'indipendente confessoria (*vindicatio servitutum rei fructuariae*) può *nunciare novum opus vicino*, nel fr. 1, §. 20 Ulpiano stesso dice che l'usufructuarius non può *nunciare novum opus* altro che *procuratorio nomine*. Per conciliar le due leggi e l'altro fr. di Giuliano (fr. 2, *h. t.*), alcuni scrittori sostennero che anche Giuliano intendesse parlare di un'*o. n. n.* dell'usufructuarius *procuratorio nomine* (**Vöet,** *Ad. Pand.* VIII, 1, §. 33), — **Vangerow**, *Pandekten* §. 67, 6 — **Arndts-Serafini,** *Pandette*, vol. II, §. 330 nota 9 — **Maynz,** op. cit. vol. II, §. 364 nota 43); ma la conciliazione non regge: Ulpiano che non riconosceva nell'usufruttuario questa indipendente *vindicatio rei fructuariae servitutum* (fr. 1 pr. *si usufructus petatur*, VII, 6) non poteva ammettere in lui un'indipendente diritto alla denunzia: mentre Giuliano che riconosceva nell'usufruttuario questa *utilis confessoria* doveva ammettere in lui un diritto personale, indipendente all'*o. n. n.* Ma come bene scrive, il **Burckhard** (op. cit. pag. 90) Ulpiano dovette poi convertirsi alla più retta opinione di Giuliano, perchè nel fr. *un.* §. 4, *de remiss.* egli riporta quell'opinione di Giuliano, non solo senza confutarla, ma traendone egli la conseguenza..... *secundum quod opus novum nuntiare poterit vicino:* i compilatori accettarono l'opinione di Giuliano.

Giuliano (scrive il **De-Vito** op. cit. pag. 40) fa un passo avanti, nella *vindicatio usufructus* che è la *confessoria* spettante all'usufruttuario; egli trova una singola azione di tutela alle servitù pertinenti alla *res fructuaria* (*vindicatio servitutum*), il giureconsulto trae fuori codesta azione e le infonde una vita autonoma: accordata all'usufruttuario la *confessoria utilis* gli accorda il diritto indipendente alla denunzia contro il vicino, ma fatto il primo passo, Giuliano si ferma; trovato nella *petitio usufructus* il materiale contenuto di un'actio confessoria, egli non ha il coraggio di venire alla stessa conseguenza per l'*actio negatoria,* e nega perciò all'usufruttuario il diritto di *nunciare adversus dominum*, quando cioè il proprietario, imprenda un'opera offensiva della sostanza della *res fructuaria : neque enim sicut adversus vicinum, ita adversus dominum,* (fr. 1, *h. t.* fr. *un.* §. 4, de remissionibus).

L'*o. n. n.* non può in ultimo aver luogo fra condomini (fr. 3, §. 1, *h. t.*); non può cioè un *condominus* denunziar l'opera che un suo *condominus* faccia in *loco comunni;* egli può soltanto proibir l'opera *vel per praetorem vel per arbitrum communi dividundo;* e questo non già perchè il nunciante finirebbe in tal modo per agire contro sè stesso, come nota il **Vangerow** (1) e neppure perchè l'*o. n. n.* ha un mezzo sussidiario, che debba andare escluso ogni volta che resta un altro mezzo qualunque (2), ma bensì per la ragione, escogitata da **Cuiacio**, onde non è possibile un'*actio confessoria* o *negatoria* fra comunisti.

« Duae sunt causae *n. n. o.* (scrive il **Cuiacio**) dominium et servitus, id est jus nuntiandi tantum est domini eius loci in quo fit novum opus, vel cui locus ille debet servitutem. Socius rei communis non est dominus solus, imo nec proprie dominus cum alter sit condominus (fr. 46 de ritu nuntiarum XXIII, 2). Potest quidem dominus nuntiare novum opus non domino, non autem domino; non potest etiam nuntiare ex causa servitutis, quia res mea pro parte nulli potest servire, si servierit alteri jam evanescit (fr. 26 de servitutibus praed. urb. VIII, 3). Sic deficiunt causae nuntiationis novi operis quibus socius possit prohibere per nuntiationem: sed per aliud remedium potest ut per actionem communi dividundo. Denique his verbis (fr. 3, §. 1 de *o. n. n.*) non continetur ratio socio denegandae nuntiationis, sed ratio quae demonstrat socium non destitui alio remedio (3)..

Il *condominus* non può *uti singulus* spiegare la propria attività sulla cosa comune, ogni disposizione della cosa dovendo operarsi per la riunione dei voleri di tutti i compartecipi; per la qual cosa non è concepibile un'azione *confessoria* o *negatoria* fra comproprietarii; codesta azione implicherebbe in chi la spiega, l'affermazione di un'assoluta, esclusiva disponibilità della cosa, la quale il *condominus* non può avere, non essendo *rei communis solus dominus.*

Diverso è il caso dell'opera fatta *in re communi* da un *socius,* e lesiva di un diritto spettante in particolare, pel possesso di un

(1) *Pandekten,* §. 676.

(3) **Bartolo,** ad l. 3, cit. **Forti,** Trattato della denuncia di nuova opera. n. 2 (in **De-Vito** op. cit. pag. 42).

(3) **Cuiacio,** *Opera omnia,* vol. VIII, col. 193, ad l. 1, §. 1 de *o. n. n.* (Prato 1839).

fondo attiguo, all' altro *consocius:* se per l' opera fatta in *re communi* viene immesso qualche cosa nel fondo attiguo, di esclusiva proprietà di uno dei condomini, quel *condominus* ha l' *jus prohibendi*, perchè viene riconosciuto in lui il diritto di sperimentar l' *actio negatoria* fr. 27 pr. de serv. praed. urb. VIII, 2: « Sed si inter te et me communes sint aedes, et ex his aliquid non jure in alias meas proprias inimissum sit, nempe tecum agere licet aut rem perdere ». Ma se l' opera cominciata dal *socius* in *re communi* anzichè minacciar la lesione vera e propria di un diritto (come il *proiectum* o *l'immissum ex re communi in aedes meas*) minaccia soltanto un *danno*, nel senso romano che mi lusingo di aver chiarito (1), esula la possibilità dello intentare l' *o. n. n.* e rimangon sempre gli altri mezzi inibitori, che la collisione delle volontà dei condomini fa scaturire fr. 3, §. 2 *de o. n. n.*: « Quodsi socius meus in communi insula opus novum faciat, et ego propriam habeam cui *nocetur*, an o. n. ei possim nunciare? Et putat Labeo non posse nunciare, quia possum alia ratione prohibere aedificare, hoc est per praetorem vel per arbitrium communi dividundo; quae sententia vera est » (2).

Esaminati, alla stregua delle fonti, i vari casi in cui, affermandosi l' *jus prohibendi,* si manifesta la esperibilità dell' *operis novi nuntiatio;* è facile desumere la vera natura di codesto *jus prohibendi*, inteso in armonia al vero concetto romano della tutela preventiva.

Esso non ha nelle fonti il significato generico di esclu-

(1) Cfr. sopra parag. III.

(2) In tal modo concilio le due leggi 27 de servit (VIII, 2) e 7 §. 2 *de o. n. n.*: la conciliazione proposta, mi sembra preferibile a quella data dal **Burckhard** (op. cit. pag. 116) e accettata dal **De-Vito** (op. cit. pag. 50): secondo la quale nel caso della legge 27, di fronte all' offesa *diretta* compiuta dall' opera cominciata *in re communi*, contro la proprietà attigua particolare del *consocius*, farebbe prevalere la norme regolanti la proprietà esclusiva a quelle regolanti la comproprietà; mentre nel caso del fr. 3, §. 2 *de o. n. n.* la offesa *interdetta* arrecata dall' opera nuova al fondo di proprietà di uno dei condomini, essendo insignificante, non può far cedere le regole della comproprietà a quelle delle proprietà esclusiva. Molto più oscuramente di quello ch' io mi lusingo di aver dimostrato, anche in questa interpretazione è adombrato forse il concetto romano di distinzione fra *danno* e *lesione di diritto*: per me i due fr. in questione non s' intendono, se non dietro la scorta di questa distinzione; la quale si rispecchia in tutta la teorica del nostro instituto.

sione di qualunque altro della facoltà contenuta in un diritto da parte di chi è investito di quel diritto; in codesto senso l'*jus prohibendi* è inerente ad ogni diritto: ma nella economia dell'istituto che esaminiamo esso ha un senso determinato e circoscritto ai soli *diritti reali*, ed equivale propriamente all'*jus nunciandi*. Nel *condominus* p. es. il quale non ha, di fronte al *condominus* un diritto reale sulla cosa di comune proprietà, riconoscono le leggi un *jus prohibendi*, ma non quel *jus prohibendi* che è il fondamento della denunzia dell'opera nuova (fr. 3, §. 1, *de o. n. n.*) *nuntiamus autem quia jus aliquod prohibendi habemus* (fr. 1, §. 17, h. t.).

Codesto *jus prohibendi seu nunciandi* è solo inerente ad ogni *jus in re;* di cui, per quello, è dato prevenir la lesione: è la manifestazione sensibile della tutela preventiva, la quale, io credo insita in ogni diritto, e la quale si estrinseca nei diritti reali in questa facoltà di opporsi ad innovazioni cominciate in fondi attigui e minaccianti di ledere il diritto che si vuol difendere, la quale infine si afferma come una limitazione delle facoltà contenute nell'*jus in re*, limitazione necessaria nella coesistenza dei vari diritti, dal punto di vista della tutela preventiva che è nella natura di ognuno di quelli.

La teorica dell'*jus prohibendi* chiarisce molto bene questo concetto veramente romano; codesto *jus prohibendi* emana unicamente e soltanto da un *jus in re;* dove manca il sostrato di un diritto reale, di un rapporto giuridico diretto fra l'uomo e la cosa, codesta *jus prohibendi*, non può trovar luogo e deve esulare codesta facoltà di prevenire la lesione del diritto, il quale appunto in quel rapporto giuridico si contiene.

VII.

Se tale fu il concetto romano della tutela preventiva, e se, in codesto modo, esso trovò un'attuazione pratica nell'*o. n. n.* riesce molto facile determinare i rapporti intercorrenti fra l'instituto che esaminiamo e gli altri mezzi provvisori concessi dal Pretore per tutelare uno stato di fatto, reintegrarne la violazione, ed inibirne la lesione ulteriore.

Quali furono i rapporti dell'*o. n. n.* cogl'interdetti possessorii? E quali i rapporti dell'*o. n. n. juris publici tuendi gratia* e gl'interdetti a difesa della cose pubbliche sacre, religiose?

Il fr. 1, §. 1 e 17 e il fr. 5, §. 10, h. t. risolvono, a mio modesto avviso, il quesito importantissimo nell'esame del nostro istituto.

« Hoc autem edictum remediumque operis n. nuntiationis adversus futura opera inductum est, non adversus praeterita, hoc est adversus ea, quae nondum facta sunt ne fiant. Nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de *o. n. n.* et erit transeundum ad interdictum quod vi aut clam factum erit ut restituatur et quod in loco sacro religiosove, et quod in flumine publico, ripave publica factum erit, nam his interdictis restituetur, si quid illicite factum est » (fr. 1, §. 1, h. t.).

Non possono dunque sperimentarsi gl'interdetti a difesa delle cose sacre, religiose e sante se non quando l'opera abbia già leso l'*jus publicum* che quegli interdetti difendono: codesti interdetti hanno il doppio effetto proibitorio e restitutorio (1), perchè alla proibizione teneva, sempre dietro, nella giurisprudenza del Pretore, la restituzione *in pristinum*; ed in quanto essi hanno effetto soltanto proibitorio si dimostrano, essi pure, strumenti di tutela preventiva. Nè deve meravigliare che, in codesto senso, essi abbiano lo stesso obietto giuridico dell'instituto della *nuntiatio*, e che, in qualche caso, essi possano indifferentemente intentarsi, invece della *nuntiatio* (fr. 1, §. 17, h. t. *quibus ex causis et interdicta proponuntur*), specialmente quando, essendo già avvenuta una lesione di un diritto, essi o la *nuntiatio* tendono a prevenire la lesione ulteriore; perchè codesto fenomeno si ricollega ad una legge generale di svolgimento del grande organismo del diritto.

Allorquando la necessità pratica impone alla coscienza giuridica di un popolo, e al legislatore che raccoglie la voce di quella coscienza, un nuovo rimedio giuridico qualsiasi, molto spesso avviene che in codesto rimedio oltre il raggiungimento di quella funzione che la necessità pratica imponeva si manifesti sotto forma latente ed embrionale il germe di una più alta funzione giuridica, che in un più progredito stadio di civiltà dovrà ingrandire e specializzarsi, ma che, in quel momento in cui si manifesta in germe, la coscienza giuridica del popolo, non è ancora in grado di comprendere. È in questa maniera che il vasto organismo del diritto si svolge, adattandosi alle necessità pratiche, che si fanno di continuo sentire nella co-

(1) Cfr. sopra §. IV, **Buonamici**, op. cit. pag. 433.

scienza giuridica di una nazione, specializzando sempre più le proprie funzioni, assorgendo ai rapporti più complessi da una struttura iniziale semplice e comprensiva.

Per la qual cosa non è strano, se, una volta sviluppata e specializzata quella funzione, già contenuta in germe in un rimedio giuridico, alla indipendente esistenza di quella funzione, abbastanza anteriore, il nuovo generale rimedio rispondente alla nuova funzione concorra in qualche caso nel proprio obietto giuridico, con quelli altri anteriori rimedi giuridici, che la medesima funzione contenevano in germe.

Così avvenne nello svolgimento della tutela preventiva del diritto, la quale presuppone un assai progredito stadio di civiltà in un popolo: le necessità pratiche imposero alla coscienza giuridica romana e al Pretore fedele interprete della voce di quella coscienza, la successiva istituzione di quei rimedi giuridici provvisori per la tutela delle *res publicae* (interdetti ne quid in loco sacro, religioso etc.) e private (*interdictum quod vi aut clam*); ma l' utilità di codesti rimedi si comprendeva soltanto nel caso che l' opera altrui avesse già leso il diritto pubblico o privato: l'inibizione non poteva sorgere prima che la lesione fosse avvenuta, la vera funzione di tutela preventiva non si è ancora affermata. Se non che, in codesti rimedi la tutela preventiva si manifesta in germe; e per quanto, allo sperimento dell'interdetto sia necessaria la lesione del diritto (si quid *illicite*, factum est), non di meno l' interdetto serve ancora a prevenire la lesione ulteriore.

Si comprende a poco a poco l' utilità di un mezzo esclusivamente diretto a prevenire, anche quando la lesione del diritto venga soltanto minacciata, ed appare nell' editto del Pretore l' *o. n. n.*, mezzo generale, indipendente ed esclusivo di tutela preventiva: tutta la funzione preventiva dei diritti reali si esaurisce in questo nuovo rimedio giuridico, il quale vien circondato da effetti e garanzie speciali. Non basta un semplice rapporto fisico con le cose e neppure un diritto risultante da obbligazione (1) per intentare l' *o. n. n.*, è necessario un rapporto di diritto reale: soltanto nel diritto reale è insita la vera e propria tutela preventiva. Ma come codesto rimedio è generale, può darsi ch' esso venga usato, a prevenire un' ulteriore lesione del diritto, allora-

(1) Argomenta dal fr. 3, §. 3, h. t.

quando una lesione parziale sia avvenuta; in tal caso, l'*o. n. n.*, ha lo stesso obietto giuridico degli interdetti, a difesa della cose pubbliche e private, per quanto essa poggi su basi diverse e compia una differente e più elevata funzione.

Lo stesso è a dire in riguardo agli interdetti possessorii. Anche quelli possono, in certi casi, avendo il medesimo obietto giuridico, alloraquando una parziale violazione del possesso è avvenuta, intentarsi indifferentemente invece dell'*o. n. n.*, ma, nella maggior parte dei casi, debbono preferirsi all'*o. n. n.*. perchè lo sperimento dell'azione di denunzia importa seco la perdita di tutti i benefizi derivanti dalla posizione di possessore, i quali benefizi si conservano con le azioni possessorie relative (1). Questo si verifica per le nuove opere violatrici di *servitutes habendi*, come la *servitus oneris ferendi, tigni inimittendi*. Per esse Ulpiano consiglia di preferire all'*o. n. n.* i mezzi che valgono a conservarci nel nostro possesso: fr. 5, §. 10 h. t. « Meminisse autem opertebit, quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum inimittere vel projicere vult, melius est eum per praetorem, vel per manum, id est lapilli jactum prohibere, quam operis novi nuntiatione. At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi nuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseveret,

(1) Dal fr. 1, §. 6 e 5 §. 10, h. t. si desume molto bene come l'*o. n. n.* faccia perdere i benefizi derivanti dalla posizione di possessore « In operis autem novi nuntiatione possessorem adversarium facimus ». Numerosissime sono le interpretazioni date di questo frammento (cfr. **Arndts-Serafini,** op. cit. vol. II, §. 330, nota 10); la migliore fra tutte è quella la quale ritiene che il nunciato, tosto che abbia data la cauzione, acquista il possesso dell'*jus aedificandi* e viene poi a sostenere nel giudizio petitorio la parte di convenuto (**Burckhard,** op. cit. p. 175. — **Stölzel,** op. cit. p. 259. — **Windscheid,** *Pandekten*, §. 466, nota 9. — **De-Vito,** op. cit. pag. 14 e segg.). Il fr. 5, §. 10 h. t. che abbiamo esaminato fa risaltare la esattezza di questa opinione: infatti vi è detto che se il nunciato non ha prestato la cauzione può sperimentarsi contro di lui l'interdetto *uti possidetis* il che significa ch'egli non è ancora divenuto *possessor*, e che *possessor* egli diviene soltanto quando abbia prestata la cauzione. Data la cauzione, mi pare si possa conchiudere, al nunciato spetta contro il nunciante l'*interdetto uti possidetis* da sperimentarsi indifferentemente invece dell'interdetto *ex operis n. n.* del fr. 20, §. 9 h. t.

Il fr. 7, §. 2, *quod vi aut clam* dirime ogni dubbio per l'ammissibilità di questa più moderna interpretazione; « Remissione autem facta intelligendus erit non vi aut clam facere, quamvis prohibeatur; licere enim debet aedificare ei, qui satisdederit, quum *possessor* hoc ipso constituatur ».

aequissimum erit, interdicto adversus eum quod vi aut clam, aut uti possidetis uti ».

Gl' interdetti *quod vi aut clam e uti possidetis* si possono dunque sperimentare, dopo che, fatta la denunzia, il nunciato continua a costruir l'opera lesiva del nostro diritto: in codesto caso l' interdetto *quod vi aut clam* e *uti possidetis* può indifferentemente intentarsi invece dell' interdetto *ex operis novi nuntiatione* del fr. pr. h. t.

Il fr. 7, §. 2. *Quod vi aut clam* (XLIII, 24) lo dice espressamente: « Qui ante remissionem nuntiationis contra quam prohibitus fuerit, opus fecerit, duobus interdictis tenebitur, uno quod ex *operis novi nuntiatione* competit, altero quod vi aut clam ».

Livorno, 1892.

VITTORIO VATURI.

LE NOZZE IN OMERO

§. 1. Ogni istituto politico e giuridico, rammentato o accennato nelle due epopee omeriche, ha fatto sorgere intorno a sè un ciclo d'indagini, le quali, ben si può dire, dagli antichi scoliasti omerici vengono a' più recenti lavori di storia giuridica comparata. E non ce ne dobbiamo maravigliare, pensando che una sola parola omerica talora fu l'oggetto di ricerche secolari e di controversie non ancora decise. Le nozze in Omero, per l'importanza dell'argomento e anche per la ricchezza delle notizie che ad esse si riferiscono, sono un tema tutt'altro che inesplorato e nuovo. A pie' di pagina raccogliamo la più notevole parte della letteratura che riguarda l'argomento, e ce n'è, crediamo, abbastanza per restarne persuasi (1). Se

(1) Cfr. **Buchholz,** *Die Hom. Realien* II, 2, p. 1 e segg. — **Friedreich,** *Realien in Iliade und Odyssee* II Aufl. Erlangen, 1856, p. 196 e segg. — **Szymantky,** *De natura familiae graecae*, Berlin, 1840 — **Richter,** *Das Familienleben nach Homer,* Brünn 1851 — **Mähly,** *Die Franen des griechischen Alterthums,* Basel 1855 — **Hoffmann,** *Die homerische Frau,* Nürnberg 1854 — **Camboulin,** *Étude sur les femmes d'Homére,* Toulouse 1854 — **Siedler,** *Die homerische Frauen,* Lissa 1856 — **Holub,** *Die Frauen Homers,* Czernowitz 1865 — **Müller,** *Ueber das Familienleben der homerischen Zeit,* 1866 — **De Sault,** *Les femmes grecques au temps d'Homère* (Revue Germanique t. XXV) — **Decker,** *Stellung der hellenischen Frauen bei Homer,* Magdeburg 1883 — **Ouvré,** *Sur le régime matrimonial au temps d'Homère,* (Annales de la Faculté des lettres de Bordeaux 1886) — **Müller,** *Handbuch der klass. Altertumswiss.* (Griech. Privataltertum), Nördlingen 1887, p. 445 *d* e segg. — **Hruza,** *Beiträge zur Geschichte des griech. und röm. Familienrechts* I, Erlangen und Leipzig, 1892; p. 8 e segg. etc. etc.

tuttavia ci avventuriamo a ritornare su questo tema, con gran rischio di rapsodie storico-giuridiche, lo facciamo, sperando d'illustrare questo o quel punto non affatto chiarito dianzi, e forse più, obbedendo al fascino che destano gl' immortali fantasmi degli eroi e delle eroine omeriche.

Per non far torto a nessuno, e per essere più liberi nelle nostre ricerche, ci atterremo quasi esclusivamente alle fonti ed a quelle comparazioni con le istituzioni di altri diritti del gran ceppo indoeuropeo, che ci verranno naturalmente suggerite dal nostro tema; senza nemmeno da lunge aspirare ad un' originalità di conclusioni non permessa a chi viene dopo gli altri, e si trova nel campo della cultura classica tutt' altro che fermo e sicuro.

A dir vero, poi, molti dei lavori citati ed altri ancora che potrebbero accrescere la lunga e facile serie delle citazioni, considerano o la condizione delle donne in seno della società eroica, ovvero il matrimonio più come un' istituzione etico-sociale che giuridica, ovvero ancora trascurano un poco la parte strettamente storico-giuridica, che per noi deve avere la massima importanza.

In Omero, le notizie che riguardano il matrimonio, se si studiano nel loro insieme, ci presentano un quadro abbastanza completo dell' istituzione, che studiamo; però subito si nota il carattere speciale di quei cenni preziosi: essi ci descrivono un istituto che mentre, sotto un certo aspetto, ha intimo nesso con forme arcaiche, sotto un altro invece reca già le tracce di gravissimi mutamenti verso una forma più svolta, che apparirà poi nettamente in un periodo più avanzato di civiltà. Il matrimonio omerico segna quindi, quasi potrei dire, come il dialetto omerico, un momento di transizione.

La nitidezza dell' esposizione esige quindi che siano anzitutto delineate le istituzioni antiche nella loro rozza purezza, affinchè sia convenientemente chiarito quello che di esse resta nell' epopea e non isfugga il valore ch' esso ha, fra ciò che è stato e quello che si va formando.

Non uscendo dal ciclo de' diritti d' origine comune, cioè indogermanica, e lasciando in pace i raffronti con altri diritti, la comparazione è meno dubbia e forse più persuasiva, non ostante l' estrema brevità di queste note preliminari. Dobbiamo anche scendere a quel periodo storico, in cui le unioni sessuali hanno una relativa saldezza e durata, per non avventurarci in ricerche di età più lon-

tane, addirittura preistoriche, per le quali i dotti hanno trovato e imaginato non poco (1).

Come tipo di diritto arcaico prendiamo il diritto tedesco. Questo conosce — come il vecchio diritto indiano (2) — due forme di matrimonio, cioè *ratto* e *compra-vendita* della donna. Nell' una o nell' altra forma, la donna è un oggetto rubato o comprato: la sua volontà non ha valore alcuno; basta solo quella di chi può venderla e di chi può comprarla. Il ratto è la forma più antica, o per dir meglio, quella che più risponde alle condizioni d' una società più barbarica, ma non si esclude che nello stesso tempo sussistesse l' altra forma più pacifica e meno pericolosa e destinata a sostituire in gran parte l' altra, in un migliore assetto sociale (3).

Il ratto rimase in riti nuziali e in parole che, pure indicando cose diverse dalla primitiva significazione, si ricollegano ad esso indubbiamente (4).

Il rubare una donna equivaleva a togliere ad una famiglia un essere avente valore economico (5), e la vendetta privata perseguitava il ladro di donne, come il ladro di cose aventi un certo pregio. Tanto valeva uccidere quanto rubare una donna: per la famiglia questa era sempre perduta; ecco quindi come il prezzo d' una donna rubata non doveva differire da quello d' una uccisa, e perciò probabilmente la composizione ossia il guidrigildo muliebre bisognava pagarlo a' parenti nell' un caso e nell' altro (6). Come in qualche altro istituto, il diritto penale avrebbe tracciata la via al civile anche qui, poichè allorquando il padre, il fratello, il tutore dovevano pri-

(1) Cfr. **Lennan,** *Studies in ancient history, comprising a reprint of primitive marriage*, etc. 1886 — **Kohler,** *Studien über Frauengemeinschaft, Frauenraub und Frauenkauf.* Zeitschrift für vergl. Rechtswiss. V. p. 334 e segg. **Dargun,** *Mutterrecht und Raubehe* (Untersuch. zur deut. Staats-und Rechtsgesch. hg. von Gierke XVI) ecc. ecc.

(2) **Leist,** *Alt-arisches Jus Gentium*, Iena, 1889, p. 125 e segg.

(3) **Heusler,** *Institutionen des deuschen Privatrechts*, II, p. 255 e segg.

(4) **Brunner,** *Deutsche Rechtgeschichte* I, p. 73: Braut-sponsa si collegherebbe al sanscrito praudhâ, rad. pravah auferre. **Grimm,** *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 434.

(5) Tochter, got. tohtar corrisponde a duhitar (dhughatar) sanscrito, o ϑυγάτηρ greco, mungitrice (cfr. dhug mungere): **Curtius,** *Grundzüge der griech. Etym.* V. ed. p. 257-8. Weib avrebbe per radice vabh filare, tessere.

(6) **Heusler,** Op. c. II, p. 280 nota 9. La composizione va cercata non nella dos legitima, ma nella somma che si paga appunto pel ratto d' una donna.

varsi d'una donna per darla ad altri pacificamente, avranno chiesto a costui il prezzo di quella, come se fosse rubata. Non è inverosimile infatti che così fosse, e v'ha buon fondamento per credere che originariamente il *pretium puellae* pagato dal fidanzato coincidesse col guidrigildo della donna stessa (1).

Colui che può vendere o dare in moglie la donna è il suo legittimo mundoaldo, che ha cioè la *manus* o la potestà su lei, e gli sponsali altro non rappresentano che il contratto di compra-vendita fra chi ha il mundio o mano sulla donna e chi, pagandone il prezzo, l'acquista come moglie. Si trattava originariamente d'un contratto reale, diventato poi simbolicamente reale, quando invece della immediata consegna della donna e del prezzo, l'arrha, in senso germanico, sostituì il prezzo che il fidanzato si obbligava di pagare, quando gli fosse consegnata la sposa *in die traditionis* (2).

Le linee generali degli istituti che si collegano al matrimonio sono già visibili in questo schema semplicissimo: la civiltà e il continuo perfezionamento del diritto ed un relativo miglioramento della condizione della donna lo hanno svolto e completato. Ma anche in quest'ultima forma, l'ossatura dell'antica istituzione appare pur sempre.

Già da Tacito si nota che la moglie presenta al marito *armorum aliquid* (3), che è il principio rudimentale del faderfio longobardo, ossia d'una modesta dote in senso romano (4). Il *pretium puellae* non è pagato più direttamente a' parenti, ma diventa una donazione nuziale alla donna, per mezzo della quale essa può provvedere ai bisogni della sua vita vedovile (5); invece della donna, è il mundio su lei che dal mundoaldo suo è ceduto al marito (6). Il matrimonio che è ormai inteso come un'unione duratura legittima (cfr. *ehe, ewa*),

(1) Cfr. anche **Brunner,** I, p. 74-5.

(2) **Sohm,** *Das Recht der Eheschliessung*, 1875, p. 22 e segg.

(3) *Germania*, c. 18.

(4) Cfr. *Edict Rotharit*, c. 181.

(5) **Heusler,** Op. c. II, p. 292 e segg. La morgengabe evidentemente prende il suo nome dal momento in cui il marito ha la certezza della illibata vita della sua sposa, prima del matrimonio: essa va aggiunta alla dos che *uxori maritus offert* e giuridicamente ne è una parte.

(6) Così si spiegano i riti di adozione, che s'incontrano nelle cerimonie nuziali; cfr. **Grimm,** op. c. p. 433.

manifesta vieppiù l'alto suo valore etico: ***mulier admonetur venire se laborum periculorumque sociam,*** continua a dire Tacito (1).

Considerando questi essenziali mutamenti avvenuti nell'istituzione, non è difficile riconoscere che gli sponsali hanno sempre l'aspetto, in diritto germanico, d'un contratto reale (simbolico però), nel quale ancora occorrono le frasi tecniche di pretium nuptiale, meta (2), pretium puellae ecc. non ostante che la destinazione e l'ufficio di ciò che il fidanzato promette di dare, quando gli sarà consegnata la sposa, siano mutati. Resta, in una parola, la forma antica, ma la sostanza non è più quella de' tempi, ne' quali realmente era venduta e comprata la donna.

Anche il vecchio diritto romano segue un cammino non molto diverso dal germanico. Il padre si obbligava con la *sponsio* di dare al fidanzato la figlia, e l'azione civile che ne seguiva prova abbastanza il primitivo carattere del contratto (3); ancora, il simbolismo giuridico della *coemptio* come forma di matrimonio, senza cavillar troppo. perchè non ci ricondurrebbe al vecchio istituto della compravendita, come forma arcaica indo-germanica, e comune a tutte le civiltà antichissime, del matrimonio? (4).

Nell'India antica, ove come già si disse fu in vigore la compravendita della donna, si viene poi a non comprendere più il vero significato del contratto, che contrasta con la raffinatezza giuridico-ieratica della sapienza braminica, e il pretium puellae è considerato come un dono fatto dal fidanzato al futuro suocero, in ossequio alla legge, e le cento giovenche ritornano al fidanzato, o invece di esse il contratto si regge con un simbolismo, che rammenta l'imaginaria vendita del diritto romano (5).

Ed ora possiamo, finalmente, accostarci ad Omero.

§. 2. Ci si affaccia subito una domanda fondamentale. Prima di considerare giuridicamente i riti nuziali e rilevarne lo storico valore, non è forse necessario, per apprezzarli convenientemente,

(1) *Germania*, c. cit.

(2) Meta o metfio, antico alto ted. mieta, anglosassone mêd = munus, merces; **Grimm,** op. c. p. 422-3.

(3) **Varro,** *De lingua lat.* VI, 69 e segg. **Bruns,** *Fontes iuris romani antiqui* ed. V. p. 382.

(4) **Serv.** *ad Georg.* I, 31. **Bruns,** op. c. p. 404. **Gai.** I, §. 113.

(5) **Leist,** *Alt-arisches Jus gentium* p. 131-2. *Alt-arisches Civilrecht* p. 156.

vedere quale concetto ha l'epica omerica del matrimonio? E qui vengono subito in mente le nobili figure di Ettore ed Andromaca, di Ulisse e Penelope, di Alcinoo ed Arete. Può forse ammettersi che l'idealità poetica sia in questi tipi immortali della fedeltà e dell'amore così remota dalla realtà, da non costituire una seria prova dell'esistenza, nello spirito ellenico, d'un concetto elevatissimo del matrimonio? Non ci sembra molto fondato questo dubbio, perchè il poeta sovrano dimostrerebbe allora di non essersi accorto che i suoi versi divini sarebbero rimasti incompresi: e davvero tale sospetto è ridicolo. Omero è una cosa sola con la coscienza ellenica. Le più fiere e più nobili passioni de' tempi eroici fremono ne' suoi canti: lo spirito dell'amore, la sete di gloria e di vendetta, il desiderio di pace domestica e di queta e riposata vecchiezza degli eroi omerici commovono ancora e commoveranno sempre il cuore umano; ma come non ammettere che non rispondessero a' sentimenti di quelli, per i quali e fra i quali l'epica omerica era sorta? Il nobile augurio fatto da Ulisse a Nausicaa è già una pittura della più perfetta vita coniugale: « gli dei, egli dice, ti concedano marito e casa e buona concordia; non v'è spettacolo più bello di quello che offrono marito e moglie che governino concordi la casa! » (1) Ecco il consortium omnis vitae romano, che riappare in tutta la sua casta bellezza nell'elogio di Turia: « omne tuum patrimonium acceptum ab parentibus communi diligentia conservavimus; neque enim erat adquirendi tibi cura, quod totum mihi tradidisti officia; ita partiti sumus, ut ego tutelam tuae fortunae gererem, tu meae custodiam sustineres » (2). A tanti secoli di distanza s'incontra lo stesso concetto: l'ὁμοφροσύνη de' coniugi regge la casa, il marito non è più il πόσις in senso etimologico, cioè il despota della casa (3).

E dall'India antica è giunto a noi un canto che pare l'eco de' versi d'Omero: « un sol cuore, una sola mente, io vi libero dalla discordia — dica la moglie al marito parole soavi e dolci come il miele » (4). E queste parole soavi e dolci come il miele non le dice Andromaca ad Ettore? Qual donna ha parlato un lin-

(1) 6, 180 e segg. Avvertiamo una volta per sempre che i libri dell'Iliade si citano con numeri romani, con i comuni quelli dell'Odissea.

(2) *Laudatio Thuriae* nel *Corp. inscript. lat.* VI, n. 1527.

(3) Cfr. **Curtius,** op. c. p. 282.

(4) **Zimmer,** *Altindisches Leben- nach den Samhita dargestellt,* 1879 p. 316. (*Atharvaveda, Kanda* III, 30, 1-2).

guaggio di più divina tenerezza al marito? È vero che, se si pensa all'amaro avvertimento dato dall'ombra di Agamennone ad Ulisse (1), il soverchio ottimismo (diciamo anche noi la barbara parola) in fatto di matrimonio è un po' scosso; ma il rovescio della medaglia se è un tutt'uno col suo diritto, a questo non toglie l'importanza che gli spetta. Per la nostra tesi, basta che resti provata la realtà riconoscibile anche nello splendore dell'arte omerica (2). Notisi ancora che, non ostante le non lievi infrazioni della fedeltà coniugale da parte de' mariti lontani dalle mogli, resta pur sempre rigorosamente monogamica l'unione sessuale. Solo Priamo ha più mogli (3), ma già nell'antichità, il fatto fu giudicato indizio certo che i Troiani non erano Elleni, ma barbari (4). Laerte aveva comprato con venti buoi Opi, ma giammai la moglie consentì che essa dividesse con lei l'amore del marito (5). La moglie è la domestica regina: per essa Ulisse dimentica e sprezza le carezze d'una dea, superiore per bellezza alla lontana Penelope (6); Alcinoo tributa ad Arete una venerazione, quale a nessun'altra donna fu concessa in terra (7); Ettore dice ad Andromaca che la preoccupazione per l'avvenire di lei gli è più grave di ogni altro pensiero di patria, di genitori, di fratelli (8).

I Ciclopi sono descritti come ἀθέμιστοι, senza assemblee e senza leggi, e come una popolazione nemica degli Dei ed antropofaga (9); eppure hanno il culto della famiglia; sebbene il concetto del diritto non oltrepassi il limitare domestico, e ciascuno θεμιστεύει (animadvertit) figli e moglie (10).

(1) 11,440 e segg.

(2) **Buchholz,** op. c. II, 2, §. 3-4, p. 3-5.

(3) Cfr. XXI-88, XXII-48. Forse qui si nota l'influenza orientale. Ha molto valore l'osservazione filologica che la parola πάλλαξ, παλλακὶς è semitica; cfr. פלגש pillechesh. **Müller,** op. c. p. 446 nota (1).

(4) **Athen.** XIII-3.

(5) 1, 433.

(6) 5, 215 e segg.

(7) 7, 66 e segg.

(8) VI, 450 e segg.

(9) 9. 275. Οὐ γάρ Κύκλωπες Διὸς αἰγιόχου ἀλέγουσιν || οὐδὲ θεῶν μακαρῶν.

(10) 9, 113 e segg. Cfr. **Aristot.,** *Pol.* I, 1, 7 ἔοικε κατὰ φύσιν ἡ κώμη ἀποικία οἰκίας εἶναι, però i Ciclopi non erano giunti a tanto, 9, 114, οὐδ' ἀλλήλων ἀλέγουσιν.

Omero quindi, nemmeno fra i Ciclopi, imagina la possibilità di una vita ferina, tanto è fermo e generale l'ordine della famiglia e il governo suo, fra quelli che hanno il dovuto rispetto agli dei. Nè le osservazioni che abbiamo fatte sono in opposizione con lo stadio della cultura, che Omero dipinge. La vendetta privata è in fiore, come presso le popolazioni barbariche; il divino Oreste consegue gloria immortale, poi che ha ucciso l'omicida di suo padre (1); è meglio la morte che dimenticare il sacro dovere della vendetta (2); ed appunto è cosa buona lasciare un figlio che vendichi il padre (3). Achille sagrifica dodici Troiani sul rogo di Patroclo (4): gli eroi talora si mostrano d'una ferocia fredda e tremenda (5). Tutto questo è vero; eppure lo stesso troviamo presso gli antichi Germani, e il rispetto alla donna è un fatto incontestato fin negli albori della civiltà tedesca (6). Forse qua e là v'ha un non so che di poco misurato, d'impetuoso, di fiero ne' costumi, ma ciò non pare impedire slanci di tenerezza e capacità di affetti miti e costanti. Inoltre, in queste società guerresche, è la famiglia, e la gens che difende, tutela, vendica l'individuo; guai al solo! Lo Stato, appunto, che ha un carattere famigliare, non è che l'estensione della sovranità domestica a rapporti non famigliari, cioè pubblici (7). La costituzione della famiglia presso le genti indo-germaniche è fondata sopra un netto e preciso *patriarcato*, e il matriarcato, se pure la severità delle odierne ricerche ci permette di considerarlo come precedente il patriarcato (8), non disturba affatto lo svolgimento sociale ellenico (9). Dunque tutte queste ragioni

(1) 1, 298-9.

(2) 24, 432 e segg.

(3) 3, 196.

(4) XXIII. 175 e segg.

(5) Cfr. per es. 22, 474 e segg. Fra l'Iliade e l'Odissea è corso un periodo, nel quale la stabilità delle sedi e le relazioni sociali e politiche meglio si sono affermate e svolte.

(6) **Tac.,** *Germ.*, cc. 15, 18 e 19 cfr. c. 8. **Waitz,** *Deutsche Verfassungsgesch.* III ed. I, p. 38-9.

(7) Cfr. **Leist,** *Graeco-it. Rg.* §. 43, pag. 286 e segg.

(8) Cfr. **Starcke,** *La famille primitive*, 1888, pag. 25-6.

(9) Degne di nota sono le parole di Licaone figlio di Priamo, e fratello consanguineo di Ettore: XXI, 95 μή με κτεῖν' ἐπεὶ οὐχ ὁμογάστριος Ἕκτορος εἰμι. — Dicendo patriarcato, abbiamo voluto solo usare la parola che esprime il contrario di matriarcato.

spiegano la coesione robusta dell' οἶκος omerico e la posizione della donna in esso.

A queste ragioni, volendo andare più in là ancora, altre si potrebbero aggiungere, le quali ottimamente potrebbero spiegare l' unità famigliare e la condizione della κουρίδια ἄλοχος o moglie legittima di fronte al marito ed ai figli. L' antico κλῆρος o sors, cioè il patrimonio domestico, originariamente inalienabile, di cui è più d' un ricordo in Omero (1), si trasmette a' figli per successione legittima. I figli sono dunque necessari, perchè esso non esca dalla famiglia e non sia diviso fra gli agnati (2); giunta la vecchiezza, si possono attendere i leni strali della morte (3), solo quando i figli provvedono al governo della casa, lasciando in placido riposo i genitori vecchi e stanchi (4). L' ideale omerico, che sembra aver ispirato le divine pagine di Platone con le quali incomincia la sua πολιτεία, si riassume in questo vivo desiderio di morire carico d' anni e sgombro di cure presso la moglie e i figli (5).

E se tutto ciò è indiscutibilmenie vero, poichè Omero è rigorosamente interprete de' sentimenti che dànno vita allo spirito del diritto ellenico (6), non si può disconoscere il carattere elevato del matrimonio, il quale come la costituzione dello Stato, riposa sopra l' antico concetto ariano dell' istituzione divina, anche presso i Greci (7).

Il sole e la luna, che pel mistico medio-evo simboleggiarono le due potestà supreme della terra, nell' India antica esprimono l' ordine sacro che regge il matrimonio; cioè il marito e la moglie costituiscono una società, nella quale il marito è il πόσις, la moglie

(1) Cfr. 14, 211, πολυκλήρων ἀνθρώπων significa ancora *ricchissimi*.

(2) IV. 40 υἱὸν δ'οὐ τέκετ' ἄλλον ἐπὶ κτεάτεσσι λιπέσθαι || χηρωσταὶ δὲ διὰ κτῆσιν δατέοντο.

(3) 4, 208; cfr. 14, 224, 19, 367, ecc, ecc.

(4) Laerte viveva in campagna, lasciando a Telemaco le cure della casa, 1 189 e seg.

(5) 19, 367 e seg. Cfr. **Plat.,** *Respubl.* I. 2, 3.

(6) E questi concetti si trovano espressi nelle istituzioni giuridiche indoeuropee; cfr. **Leist,** *Altarisches Jus gentium*, p. 83 e segg. *Alt-arisches Jus civile*, p. 151 e segg.

(7) Il sagrifizio nuziale è fatto a Ζεὺς τέλειος ed il culto di Vesta è quello della casa.

è la δέσποινα (1). E perchè questo sia, salva la *giusta* sommessione della moglie al marito che è inseparabile dalle condizioni proprie del sesso e dall' indole del matrimonio, la moglie non può non essere *libera:* in una parola, il rito della compra-vendita non riguarda che l' adempimento delle formalità legali, richieste per la giuridica esistenza del matrimonio. Altri fatti poi tendono essi pure a sollevare la condizione della donna, e fra questi principale è il sorgere della dos in senso romano, cioè di quello che la moglie reca al marito dalla casa paterna; e ne troveremo più d' un indizio in Omero.

Talora anche lo sposare una figlia d' un personaggio importante, privo di maschi, ha conseguenze pari all' adozione per rispetto al marito, senza che si possa in ciò vedere un avanzo di matriarcato (2). E in questo caso, è la donna che innalza l' uomo.

Il nostro ragionamento, che non ha in mira di esaltare la società omerica ma di considerarla qual' è, potrebbe ricevere un fiero colpo da un' obbiezione molto grave.

Si può dire: la donna non è più un oggetto comprato e venduto; si ammetta pure che ὠνητή in Omero è epiteto di παλλακίς (3), ma la donna non è ancora un oggetto di contrattazione delle parti, quando è certo che non è il *suo* consenso quello che fa le nozze, ma quello del padre o tutore che la consegna al marito, e di costui che la riceve? Non si può mettere in dubbio che, nella narrazione omerica, come del resto nell' antico diritto ellenico, del consenso della donna non si dica mai nulla. Il padre ne dispone come di cosa che gli appartenga. Agamennone offre ad Achille una delle tre figlie in isposa, lasciandone la scelta a lui (4); Ifidamante, con molti doni, ottiene dal suo avo materno in isposa la figlia (5); Priamo promette Cassandra ad Otrioneo (6), Briseide rammenta l' uomo cui padre e madre (notisi qui l' importante menzione della madre, come compartecipe dell' autorità paterna) la diedero (7), e

(1) **Curtius,** *Etym.*, p. 282; cfr. potior, potens, potiri ecc.

(2) VI, 192 e segg. E torneremo su questo punto. Pel paragone del sole e della luna cfr. **Zimmer,** pag. 315-6.

(3) 14, 201.

(4) IX, 144 e segg.

(5) XIII, 364 e segg.

(6) XI, 221 e segg.

(7) XIX, 191.

via dicendo (1). La volontà della donna non appare; solo una volta la pudica Nausicaa, ammirando Ulisse, esclama: Oh! mi fosse costui destinato come sposo! (2) e molto severamente giudica la donna:

Ἡτ' ἀέκητι φίλων πατρὸς καὶ μητρὸς ἐόντων
ἀνδράσι μίσγηται πρίν γ' ἀμφάδιον γάμον ἐλθεῖν (3).

Ma qui non trattasi di matrimonio (4). Temendo le male lingue de' Feaci, la bella figliuola d'Alcinoo non vuole essere accompagnata da Ulisse, rientrando in città.

I Feaci direbbero (continua): chi è che la segue, dove Nausicaa trovò quel molto avvenente ospite? Sarà suo marito certo; gli è caduto dal cielo . . .

Βέλτερον, εἰ κ' αὐτή περ ἐποιχομένη πόσιν εὗρεν
ἄλλοθεν· ἦ γὰρ τούσδε γ' ἀτιμάζει κατὰ δῆμον
Φαίηκας, τοί μιν μνῶνται πολέες καὶ ἐσθλοί (5).

Qui è innegabile che, se davvero la licenza è più giuridica che poetica, Nausicaa con le parole che mette in bocca a' Feaci, prevedendo le loro ciarle maligne, mostrerebbe la propria volontà personale, cercandosi da sè uno sposo e disprezzando i damerini Feaci, che le stanno intorno. Interpretando il sentimento pubblico, Nausicaa ci proverebbe che, salvo il biasimo popolare, ella potrebbe preferire uno straniero ad un concittadino. Senza voler troppo fondarci su queste parole, basta che sia notata l'apparizione della volontà della donna, timidamente sì, ma abbastanza chiaramente. Già prima Nausicaa ha espresso il desiderio segreto di aver come sposo Ulisse: vorrebbe cioè che i genitori scegliessero quella persona che le va a genio e qui, negli ultimi versi citati, va ancora più in là. Nessuno ci faccia dire, per questo, che Nausicaa ritenga il suo consenso *solo* necessario ed essenziale in cosa di tanto momento! La figliuola, per quanto sommessa alla volontà de' genitori, ha il suo ideale, le sue preferenze e ciò non è di lieve importanza.

(1) Telemaco dice (come « mundualdo » della madre): ἀνέρι μητέρα δοῦναι. 1, 292 cfr. 2, 223 ecc.

(2) κεκλημένος = chiamato 6, 244.

(3) 6, 287 e segg.

(4) Cfr. XVI, 184 che ha, parmi, la stessa significazione.

(5) 6, 276 e segg.

Ma comunque s' interpretino i detti di Nausicaa, anche il nostro vecchio diritto italico, oscurato dalla luce sfolgorante del romano, ci offre l' esempio dell' istesso fatto che si trova in Grecia. La lotta di due pretendenti la mano d' una vergine d'Ardea originò una guerra civile, ne' primi anni del secolo IV ab U. C., nella città. I tutori volevano dare la vergine ad un nobile del loro ceto, ad un altro la madre; « postulatu audito matris tutorumque, *magistratus secundum parentis arbitrium dant ius nuptiarum* » (1). Di quello che la giovine pensasse o volesse non si parla, come di cosa giuridicamente inutile. Nel diritto germanico si incontra lo stesso principio: il re Liutprando dice: « Si quis filiam suam aut sororem sponsare voluerit, habeat potestatem cui voluerit, libero tamen hominem... » (2) « Pater autem aut frater potestatem habeant cui aut in quali etate voluerit, dandum aut spunsandum filiam aut sororem suam, quoniam ista licentia ideo dedimus, eo quod credimus, quod pater filiam aut frater sororem suam doloso animo, aut contra rationem cuiquam homini dare non debeant » (3). E qui il rigore giuridico è temperato dall' affetto paterno: la stessa legge d' una fiera gente germanica lo proclama; lo stesso doveva accadere in Grecia. Alcatoo era genero d' Anchise, avendo sposata la primogenita figlia di questo, Ippodamia

τὴν πέρι κῆρι φίλησε πατὴρ καὶ πότνια μήτηρ'
ἐν μεγάρω (4).

Ora codesta figliuola tanto caramente diletta, ebbe uno sposo nobilissimo e degno di lei; l' affetto dei genitori non andrebbe troppo d' accordo col rigoroso diritto di darla in moglie, senza curarsi punto della volontà della figlia. Come vedremo in Omero, così nell' India, l' innamorato è sempre quello. Poi che un giovane (marya) ha messo gli occhi addosso ad una fanciulla (yostra), la insegue dovunque e non ha più pace, trafitto dal solito dardo del dio capriccioso (5); e non cessa di fare doni e conviti per ingraziarsi la bella (6).

(1) **Liv.** IV, 9.
(2) *Edict. reg.* **Liutpr.** c. 112.
(3) **Liutpr.** c. 12 cf. **Roth.** cc. 178, 195.
(4) XIII, 430 e seg.
(5) **Zimmer,** p. 307. *Athv.* III, 25, 1, ishuh kamasya ya bhama.
(6) **Zimmer**, p. 308-9.

Sia pure che questo avvenga per dimostrare al futuro suocero la sua ricchezza; è inutile però corteggiare tanto una giovane, se la volontà di questa non conta nulla. Ma chi può dire quanta parte del consenso paterno è consenso della figliuola? In Omero, come avvertimmo, i giovani pretendenti corteggiano l' oggetto del loro amore: μνάομαι (ambio) è la parola tecnica nell' epopea (1); la qual parola ha stretta parentela con altre, quali μένος — μανία — μῆνις — lat. *man-eo* e gotico *minna* = *amor* (2). Questi corteggiatori cercano di essere eleganti e splendidi. I tre fratelli ancora celibi di Nausicaa desiderano sempre abiti lindi e puliti, per andare al ballo e non dispiacere alle donzelle (3). Con dure parole, Penelope rampogna i suoi impudenti corteggiatori, che, banchettando a spese di Ulisse, mandano in rovina la casa: « i ricchi che corteggiano una donna e se la contendono, conducono seco buoi e pingui pecore per offrire un banchetto alla fanciulla e le offrono splendidi doni e non si servono di quello che non appartiene a loro » (4). I proci allora presentano a Penelope ricchissimi doni, ch' essa accetta e fa riporre dalla schiava (5). Ragione di preferenza può essere la nobiltà dei natali, il valore personale, la maggiore splendidezza de' doni (6); come dall' altra parte, l' uomo si lascia guidare nella scelta dalla bellezza, dalla nobiltà e potenza della casa, onde esce la donna, dalla perizia ne' lavori muliebri (7). Penelope dichiara d' essere pronta a sposare il più forte de' suoi pretendenti, cioè colui che piegherà il grand' arco d' Ulisse (8), e abbiamo già avvertito che la vergine Feaca avrebbe dato l' amor suo ad Ulisse, vinta da quella no-

(1) Cfr. 1, 248; 6, 273; 11, 116-7 ecc. Per la parola cfr. **Curtius**, *Etym.* p. 311.

(2) Lo stesso pensiero fondamentale c' è nel sanscr. smarás ted. schmerz, μέρμηρα cura; lat. mem-or. **Curtius,** p. 330.

(3) 5. 62 e segg.

(4) 18, 276 e segg.

(5) 18, 290 e segg.

(6) Achille esclama, sdegnando le nozze con una figlia di Agamennone, IX, 390: πολλαι 'Αχαιΐδες εἰσὶν ἀν' Ἑλλάδα τε Φθίην τε || κοῖραι ἀριστήων . . . . || τάων ἥν κ' ἐθέλωμι φίλην ποιήσομ' ἄκοιτιν, certo che nessuna lo respingerebbe. Cfr. 20, 334-5, μητρί . . . κατάλεξον || γήμασθ' ὅςτις ἀνήρ καὶ πόρησιν.

(7) Cfr. IX, 388. Achille non sposerebbe la donna offertagli, nemmeno se fosse più bella dell' aurea Afrodite e più perita ne' lavori che Atena.

(8) 21, 75.

bile presenza. La lotta insomma per la conquista della donna prova indubbiamente che, per giungere alla sospirata unione, bisogna avere un prezioso alleato: l'amore della donna. Giuridicamente questo elemento è compenetrato nella volontà paterna o del tutore, ma i suoi effetti sulla determinazione di questa non debbono essere disconosciuti. La volontà muliebre si move tutta in una sfera etica, e la sua consacrazione giuridica esteriore verrà molto tardi in luce. Un verso dell'Odissea conferma quanto si disse. Telemaco, fingendo di acconsentire alle seconde nozze della madre, dice:

. . . . . . κελεύω
γήμασθ' ᾧ κ' ἐθέλῃ . . . . (1)

cioè egli darà la sanzione giuridica alla volontà della madre, e notisi che dicendo: « comando, esorto, consiglio mia madre di sposare colui ch'ella vuole », si viene a togliere ogni valore al vecchio istituto, e resta solo la solennità formale del consenso di quello che ha la manus sulla donna. Lo stesso fenomeno si ha nella tutela mulierum, in diritto romano: « mulieres — quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur » (2). Ed ora procediamo. Un altro verbo usato nell'epica omerica, sinonimo di μνάομαι, ma con più precisa significazione, e forse più decisa, è αἰτέω, chiedere (in isposa) (3). Nel diritto indiano, come in qualche diritto indo-europeo (4), si rammentano gli amici, che chiedono per lo sposo la mano della figlia al padre o al fratello: in essi, qualche scrittore vide la piccola schiera d'amici che aiutava il rapitore della donna a compiere la sua impresa, e tramutata poi in una solennità nuziale, senza impor-

(1) 20, 342-3. Cfr. 2, 113 ἄνωχθι δέ μιν γαμέεσθαι || τῷ ὅτεῴ τε πατὴρ κέλεται, καὶ ἁνδάνει αὐτῇ cfr. 15, 16; 15, 76. In qualunque modo si traduca κελεύω (Cfr. **Ebeling,** *Gloss. Hom.*, I, pag. 752 e segg.) il senso non si muta.

(2) **Gai.** III, §§. 190-1.

(3) Così Otrioneo XIII, 364-5 Ἤιτεε δὲ Πριάμοιο θυγατρῶν εἶδος ἀρίστην || Κασσάνδρην . . . .

(4) **Zimmer,** p. 309-10: diconsi *vara* e *aryaman* = amico e pronubo. In Serbia troviamo gli *svati* (**Lippert,** *Geschichte der Familie* 1884, p. 151) Nella legge salica tit. 13, 1 si legge: *si tres homines* ingenuam puellam rapuerint . . . Cfr. **Gaudenzi,** *Legge Salica* (Dig. Ital.) p. 219.

tanza giuridica. Nulla v' ha in Omero che attesti la persistenza dell' antico costume; solo troveremo menzione della comitiva nuziale.

E qui siamo giunti ai riti nuziali e troviamo quindi maggiormente esteso l' argomento. Il corteggiare e il chiedere (μνάομαι ovvero αἰτέω) con le formalità che seguono, come vedremo subito, si collegano al rito della compra-vendita. In Omero, fatta eccezione del ratto d' Elena che move e sostiene tutta la gran macchina dell' Iliade, non si hanno tracce del ratto, come antica forma di matrimonio. Se si considera che il diritto ellenico, come il diritto romano, ha serbato memorie non dubbie dell' istituto (1), e che il ratto d' Elena si riferisce ad un antichissimo mito che l' epica omerica raccoglie e circonda di narrazioni ispirate alla condizione de' tempi, ne' quali è nata l' epica stessa, il non trovar menzione del ratto prova che allora esso era ormai caduto in disuso: eppure la leggenda dorica di Licurgo lo rammenta con molta precisione (2). Alcuni fatti tuttavia non debbono essere dimenticati. Ettore rampogna il non troppo bellicoso Paride di aver rapito una donna tanto avvenente, moglie di prode guerriero (3) e propone a Troiani ed a Greci un vero duello fra Menelao e Paride: il vincitore condurrà a casa sua la donna insieme con le ricchezze che Elena recò seco (4). Come si vede, qui abbiamo la lotta pel possesso della donna, una lotta sessuale vera e propria: il più forte ottiene la donna, senza che c' entri per nulla la volontà di questa. Non ostante che Elena sia moglie di Menelao, Priamo la chiama figlia, e Paride è detto πόσις = marito di Elena (5). Il qual Paride in un altro verso, rammentando la sua fuga con Elena, la dice ἁρπάξας (rapta) (6). Menelao non si lagna del ratto per se stesso, ma dell' esser stato

(1) **Plut.** *Lycurg.* c. 15, n. 4. **Didot,** p; 57. Ἐγάμουν δέ δι' ἁρπαγῆς κ. τ. λ. La storia ellenica si schiude con la narrazione del ratto di Io, di Medea, di Elena; cfr. **Herod.** I, 1 e segg. **Dionys. Hal.** I, 30 ed. Iacoby p. 197.

(2) Anche se trattasi di rito nuziale, la cosa è sempre notevole. Le donne (cfr. *Lyc.* c. 15) non dovevano essere rapite nè μικρὰς, οὐδὲ ἀώρους πρὸς γάμον.

(3) III, 48.

(4) III, 70, 91, 256, 282, 285. VII, 350. Che si tratti delle ricchezze portate a Troia da Elena è detto espressamente nel L. XXII, 114 e segg.

(5) III, 162, 171, 329 ecc. ecc.

(6) III, 444.

privato della moglie da Paride suo ospite, che non temette di violare le sante leggi dell'ospitalità (1). Ciò che lo cruccia è la violazione dell'ospitalità e de' suoi doveri, più che la perdita della moglie. L'Odissea poi ci porta nella reggia di Menelao, e là troviamo Elena tranquillamente ritornata al tetto coniugale, come se nulla fosse mai stato (2). È vero che la bella regina aveva un farmaco, che infuso nel vino, faceva dimenticare ire ed affanni! (3). Ora, se tutto quanto fin qui si è osservato debba ritenersi come una prova della poca stabilità delle unioni matrimoniali, e quindi, specialmente nell'Iliade sia da ammettere che il matrimonio per ratto aveva lasciato qualche ricordo nella coscienza etico-giuridica del poeta e de' suoi contemporanei, giudichi da sè il discreto interprete de' fatti che abbiamo notato. Da parte nostra, non saremmo lontani dall'accedere a questa opinione. Più interessanti invece e più sicure sono le notizie che Omero ci dà intorno alla compravendita, come forma di matrimonio: le quali notizie si debbono illustrare ricordando quello che si disse, in principio, intorno a' riti nuziali.

Aristotele, in un luogo della *Politica*, osserva che presso i barbari donna e schiavo sono nella medesima condizione; in un altro dice che gli antichi Greci, che andavano sempre armati (4), *καὶ τὰς γυναῖκας ἐωνοῦντο παρ' ἀλλήλων* (5). Il valore di queste due osservazioni è subito compreso: gli antichi Elleni compravano le donne, per averle in mogli, come gli altri popoli fratelli del gran ceppo indo-germanico. Che cosa resta di quest'uso in Omero? Abbiamo veduto dianzi che *μνάομαι* (6) e *αἰτέω*, con diverse gradazioni di senso, esprimono corteggiare e chiedere in matrimonio una donna. Colui al quale è chiesta la donna è il padre, o quegli che ha la *manus* sulla donna, il *κύριος* cioè, per dire una parola giuridicamente precisa. I pretendenti di Penelope molestano molto Telemaco, perchè esorti o ingiunga alla madre di scegliere uno di

(1) III, 351 e segg. implora da Giove la vendetta su Paride *ὄφρα τις ἐρρίγῃσι καὶ ὀψιγόνων ἀνθρώπων, || ξεινοδόκον κακὰ ῥέξαι, ὅ κεν φιλότητα παράσχῃ.*

(2) 4, 121 e segg.

(3) 4, 220 e segg.

(4) Proprio come gli antichi Tedeschi, **Tac.** *Germ.* c. 13.

(5) I, 1, 5. **Didot,** p. 483 e II, 5 (8), 12, p. 510.

(6) A questa stessa radice appartengono le parole *μνηστεύω* e *μνηστῆρες*. **Ebeling,** I, p. 1111.

loro (1). Atena consiglia Telemaco di convocare l'assemblea e di dichiarare in essa che la madre, se vuol rimaritarsi, torni a casa del padre, perchè sia convenientemente dotata (2); infatti nell'assemblea, Telemaco dice che i corteggiatori di sua madre temono di andare in casa del suo avo materno Icario, perchè egli doti la figlia (3); e all'esortazione di Antinoo di mandare via la madre di casa e di spingerla a sposare chi vuole, risponde che non vuole scacciare di casa sua madre; se ciò facesse dovrebbe pagare una grave multa (composizione) all'avo, per l'offesa fatta alla figlia (4).

Altrove, Atena spinge Telemaco al ritorno in patria, perchè i proci mandavano in rovina i suoi averi, e già il padre ed i fratelli di Penelope l'esortavano (κέλονται) a sposare Eurimaco (5). Anche in un altro verso, Telemaco κελεύει la madre a passare a seconde nozze (6), e già Ulisse, partendo per la guerra, aveva lasciato a Penelope piena libertà di rimaritarsi, s'egli più non fosse tornato, giunto che fosse Telemaco a pubertà (7). Telemaco che convoca l'assemblea, che viaggia in cerca del padre, che infine lo aiuta a vendicarsi degli impertinenti μνηστῆρες doveva certamente aver passato la pubertà. Ma ripetiamo chi è dunque il κύριος di Penelope? Il padre suo o il figlio? Rammentiamo che i proci insistono perchè Penelope torni alla casa paterna, e che quando Telemaco finge di dare il suo consenso (κελεύει) alle nozze della madre, egli pure si rifiuta di cacciarla di casa, e sarà facile il rilevare che nell'età omerica la tutela della vedova spettava al figlio suo, fin ch' essa rimaneva sotto il tetto maritale, o al padre s'essa ritornava nella casa paterna (8). Lo stesso trovasi nel posteriore diritto attico (9);

(1) 1, 292; II, 113 ecc. e passim.

(2) 1, 176 e segg.

(3) 2, 52 e segg.

(4) 2, 131 e segg. cfr. 22, 312 e segg. πόλλ' ἀποτίνειν non può riferirsi che ad una vera e propria composizione; cfr. IX, 362 e segg. τίω-τιμή-τίσις sanscr. ki (kâje vendico) **Curtius,** *Etym.* p. 488.

(5) 15, 16 e segg.

(6) 20, 342.

(7) 18, 269-70, abbandonando però il tetto maritale τεὸν κατὰ δῶμα λιποῦσα.

(8) Penelope, per l'incertezza del ritorno di Ulisse, può essere considerata in istato vedovile.

(9) **Meier-Schömann (Lipsius),** *Der attische Prozess*, 1883-7, II, p. 564-5; **Hermann-Thalheim,** *Lehrbuch der griech. Antiq.* II, 1. *(Rechtsalterthümer)* p. 10-11.

ed è ragionevole che così fosse, perchè la convivenza col figlio o col padre era la cagione della sommissione alla potestà di questo o di quello.

Il matrimonio è preceduto da sponsali: Otrioneo chiede Cassandra in isposa a Priamo ἀνάεδνον, cioè senza offrire al padre i convenienti ἕδνα, o *pretium nuptiale* di cui diremo fra poco, ma promettendo di cacciare i Greci da Troia; il vecchio re ὑπό τ' ἔσχετο καὶ κατένευσεν || δωσέμεναι *(promiserat et adnuerat se daturum esse)* (1); Menelao aveva promesso, durante la guerra, ad Achille di dare al figlio di questo sua figlia in moglie; la promessa è ancora espressa con le stesse parole: tornato in patria, fece le nozze e mandò la figlia a colui al quale l'aveva promessa (2). Si osservi, a questo punto, che il fidanzato non è presente, e che il padre celebra le solennità nuziali, e adempie all'obbligazione sua mandando la figlia allo sposo. Omero però non ci dice con quali forme solenni si stipulavano gli sponsali: è però probabile che si facessero con le cerimonie, che Omero rammenta parlando di patti solenni (3). Questi sono gli sponsali, che il posteriore diritto chiama ἐγγύησις (4).

Omero tuttavia il più delle volte non rammenta la promessa del κύριος della donna al fidanzato, ma nota senz'altro la perfezione del matrimonio con la formola frequente:

ἠγάγετο πρός δόματ' ἐπεὶ πόρε μυρία ἕδνα (5)

cioè: la *in domum deductio* della donna avviene quando sono stati dati gli ἕδνα dal promesso sposo. Per diritto antico ellenico, come per diritto germanico, poichè il matrimonio aveva la forma della compra-vendita, cioè di un contratto reale (non consensuale), non c'è nulla d'irregolare nella formola omerica: da una parte la donna, dall'altra il prezzo, e colui che diventava il πόσις poteva condursi a casa la moglie. Quando però o gli ἕδνα non fossero pagati, ovvero la donna non fosse a disposizione immediata del promesso, è evidente che gli sponsali dovevano precedere il matrimo-

(1) XI, 363 e segg.

(2) 4, 322 e segg.

(3) Cfr. III, 103 e segg. 252 ὅρκια πιστὰ τάμοντες; vedi **Leist,** *Graeco-it. RG.* 560 p. 457 e segg. *Alt- arisches Jus gentium*, p. 138, 140 nota 5.

(4) *Att. Prozess*, II, p. 505-7.

(5) XVI, 190; XXII, 471; 1, 276; 8, 318-9; 11, 282, ecc. ecc.

nio, che si aveva solo con la prestazione degli ἔδνα e la consegna della donna.

Otrioneo appunto chiede Cassandra in isposa ἀνάεδνον, e gli ἔδνα sono rappresentati dal μέγα ἔργον assuntosi di cacciare da Troia i Greci invasori: e Priamo non dà, ma promette di dare (δωσέμεναι) la figliuola ad opera compiuta (1). Chiarito questo punto, veniamo finalmente agli ἔδνα e alla loro funzione e natura giuridica.

§. 3. Il dare la donna all' uomo, perchè ne diventi la moglie e sia condotta nella casa maritale, in Omero è strettamente congiunto alla prestazione degli ἔδνα (2). Che cosa vuol dire questa parola? τὰ ἔδνα pare abbiano una radice comune con ἀνδάνω (3); significherebbero quindi doni fatti per cattivarsi l'animo di colui al quale sono offerti, nè dissimile significazione avrebbero τὰ μείλια doni d'amore, che la lingua celtica tramuta in *mil-o* dote (Mitgift) (4). *Nuptialem hanc vocem factam,* diremo con Livio, come l'altra. Che τὰ ἔδνα siano corrispondenti al *pretium puellae* originariamente pagato dal fidanzato a' parenti della sposa, oltre che dalla comparazione degli antichi diritti, ci è attestato, fra gli altri, dai noti versi

. . . . πολλὰ δ' ἔδωκεν (Ifidamante a Cisseo)
πρῶθ' ἑκατὸν βοῦς δῶκεν, ἔπειτα δὲ χίλι' ὑπέστη
αἶγας ὁμοῦ καὶ ὄϊς . . . . (5).

I cento buoi, dati da Ifidamante, ci fanno venire in mente il prezzo ricavato da Achille dalla vendita di Licaone, cioè cento buoi (6); il qual prezzo può coincidere col guidrigildo indiano (vairayatana) delle cento vacche (7), e de' cento buoi, ne' quali si risolve il primitivo guidrigildo germanico (8). Ne verrebbe che il

(1) XIII, 364 e segg.; cfr. 4, 325-6.

(2) Cfr. nota 1 e passim nei due poemi.

(3) **Curtius,** *Etym.* p. 229 ἔεδνον = σϝεδον; sanscr. svad lat sua(d)vis.

(4) **Curtius,** *Etym.* p. 329 got. milds; celt. myliu amor.

(5) XI, 243-4.

(6) XXI, 78.

(7) **Roth,** *Wergeld im Veda* (Zeitschr. der deut. Morg. Gesellsch. XLI, 1, 1887, p. 677 e segg. **Leist,** *Alt-arisches J. G.*, p. 295. Çatrdaya significa uno che val cento.

(8) Cfr. **Gaudenzi,** *Rivista penale*, XVII, p. 305 e segg.

guidrigildo muliebre coinciderebbe anche qui col *pretium puellae*, pagato dal genero al suocero o al mundoaldo della donna. Il di più aggiunto da Ifidamante potrebbe essere una delle solite amplificazioni omeriche, frequenti quando trattasi di composizione. Anche l'epiteto ἀλφεσίβοιαι, dato alle vergini, letteralmente tradotto vuol dire, che si comprano con buoi, fanno acquistare buoi a' parenti che le dànno in moglie (1). Uno scrittore ingenuamente fa le meraviglie che figlie di re costassero così poco, tanto più che il bestiame allora non valeva molto (2); ma si capisce che, ragionando con criteri moderni, l'antico diritto stona alquanto con le idee nostre; e l'obbiezione se ne va. Moneta coniata non esisteva nell'età omerica (3), e cento buoi rappresentano un'unità di valore elevata (4).

Spesso si dice che gli ἕδνα sono dati a' genitori della donna dallo sposo (5); ed il marito di Afrodite, provata l'infedeltà di questa, ne chiede la restituzione a Giove (6); vuol dire che questi li aveva avuti. Agamennone, per placare l'irato Achille, gli promette in isposa una delle sue figlie ἀνάεδνον, cioè senza l'obbligo di prestare gli ἕδνα (7), ed invece di questi, Priamo promette Cassandra ad Otrioneo, a patto ch'egli cacci da Troia i Greci (8). Il μέγα ἔργον a cui si sobbarca Otrioneo rappresenta o sostituisce il valore degli ἕδνα non dati, o non potuti dare, come il servizio rappresenta il prezzo di riscatto dalla servitù, pel servo liberato (9).

Fin qui tutto è perfettamente regolare e spiegabile; ma in Omero stesso troviamo accenni agli ἕδνα, che apertamente contrastano con quanto finora si espose. Il padre una volta è detto ἐδνωτής

(1) XVIII, 392 e *Hymn. Ven.* 119: ἀλφεῖν-βοῦς.

(2) **Hruza,** op. c. p. 13.

(3) **Friedreich,** *Realien*, p. 279; **Buchholz,** II, 1, p. 134.

(4) II, 449; VI, 236. I proci offrono ad Ulisse la composizione di 20 buoi, pel danno recato a' suoi averi 22, 57.

(5) XI, 243 segg., XVI, 190; XXII, 471; 11, 282; 15, 367 ἔδοσαν καὶ μυρί' ἕλοντο.

(6) 8, 318-9.

(7) IX, 246.

(8) XIII, 365.

(9) Così pure ha la stessa significazione la leggenda di Bellerofonte VI, 115 e segg. e l'altra di Neleo II, 287. Cfr. per gli schiavi, **Müller,** *Die Dorier*, I, p. 322 (θήτευσις). Come istituzione de' popoli selvaggi, cfr. **Letourneau,** *Évolution du mariage*, ch. VII, p. 130 e segg. Mariage par achat et par servitude.

cioè colui che dota la donna (1), non già colui che riceve la dote, e la forma media di ἑδνόω si riferisce al suocero (2). Atena dice a Telemaco: manda a casa i proci, la madre torni alla casa paterna

> οἱ δὲ (i proci) γάμον τεύξουσι καὶ ἀρτυνέουσιν ἔεδνα
> πολλὰ μάλ' ὅσσα ἔοικε φίλης ἐπὶ παιδὸς ἕπεσθαι (3).

I proci dunque appresteranno ἔδνα di tal valore, quali conviene che *seguano* la figlia d'Icario; se gli ἔδνα debbono seguire la donna, il padre certo non li trattiene come cosa sua. Come si spiega questo fatto? L'incertezza del linguaggio omerico prova che la primitiva funzione giuridica degli ἔδνα era mutata: vediamo come ciò fosse avvenuto.

Agamennone, sempre per placare Achille, alla proposta di dargli senza ἔδνα una delle sue figlie in moglie, soggiunge: ἐγὼ δ'ἐπὶ μείλια δώσω quali nessun padre diede mai (o suole dare) alla propria figlia (4). Μείλια fin dall'antichità furono sempre interpretati come dote, in senso romano (5): il re qui promette, come nel vecchio diritto romano, con la sponsio figlia e dote (6). Abbiamo cioè il germe della vera dos, o del faderfio (vater-fihu pecunia patris) germanico: nè è un esempio isolato. Una delle mogli di Priamo aveva avuto dal padre grandi ricchezze (7); Telemaco, poichè ritenendo in casa la madre ne resta il legittimo κύριος, promette di dare molti doni a Penelope in occasione delle sue nozze (8); Andromaca è chiamata πολύδωρος (9). Il padre, che non vendeva più materialmente la figlia, non la lasciava partire di casa senza qualche dono come segno del suo affetto paterno.

Lo stesso troviamo nell'India antica (10). E allora s'intende, che se pel padre e per lo sposo si adopera la stessa parola, quando

(1) XIII, 382 ἐεδνωταὶ κακοί.

(2) 2, 53. αὐτὸς (Icario) ἐεδνώσαιτο || θύγατρα.

(3) 1, 277 seg. 2, 196 seg.

(4) IX, 145 e segg.

(5) **Hesych.** v. ἔδνα. Cfr. **Hruza,** nota 15 p. 11.

(6) **Varro,** *lingua lat.* VI, 70. « Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa; appellabatur et pecunia et quae desponsa erat *sponsa* ».

(7) XXII, 51.

(8) 20, 343 ἄσπετα δῶρα δίδωμι.

(9) XXII, 88.

(10) **Zimmer,** p. 314-5.

si accenna a questi doni, è necessario ammettere che già negli ἕδνα proprii e nei μείλια si riconosceva una vera dote.

E perchè ἕδνα e μείλια siano *doti* è necessario altresì che siano lucrati dalla donna; la qual cosa, se è vera, ci dimostrerebbe, nel primo suo stadio, uno svolgimento degli istituti dotali nel diritto ellenico parallelo non già al romano, ma al germanico. Il prezzo della donna, come la meta germanica, sarebbe dato al padre, ma solo come una maniera di arrha o launegildo germanico, quindi senza reale corrispondenza al valore della donna, e come corrispettivo della cessione al fidanzato della potestà che ha il κύριος sovr'essa (1), e dal κύριος sarebbe restituito e dato quindi insieme come τά μείλια alla sposa. Venendo meno il primitivo concetto di compra-vendita, gli ἕδνα dati dallo sposo diventerebbero a poco a poco di sempre minore importanza, mentre la dote paterna, svoltasi da umili principii, diventerebbe un istituto a sè, come nel diritto romano (2).

È probabile che i doni fatti alla sposa, in occasione degli sponsali, rappresentino il prezzo di compra della donna, attenuati come sono nel loro valore ed importanza: ma già in Omero abbiamo menzione di questi doni come del tutto indipendenti dagli ἕδνα (3); indizio anche questo del movimento continuo delle istituzioni dotali. L'ufficio poi che gli ἕδνα hanno come *essentiale negotii*, per la conclusione del matrimonio, proprio come il launegildo per la donazione, è chiarito dalla domanda di restituzione di essi, fatta da Efesto a Giove, per la provata infedeltà di Afrodite (4). Efesto vuole la rescissione del matrimonio e chiede appunto la restituzione degli ἕδνα, più la composizione pel reato di Afrodite, e del complice, perchè, Giove restituendo ciò che Efesto diede per avere Afrodite, questa ritorna al padre, mancando la ragione giuridica, per la quale Efesto possa legittimamente trattenerla come moglie.

Questo pensiamo intorno agli ἕδνα, senza nascondere che l'incertezza delle espressioni omeriche può sempre dar luogo a molti dubbii sull'interpretazione data, per quanto esposta in forma ipo-

(1) Cfr. **Hruza**, p. 13 « Es sind Geschenke mit einer besonderen Zweckbestimmung »; sta bene: ma non originariamente la cosa era così.

(2) Nel quale diritto, all'infuori della *coemptio*, mancano i ricordi di cui è ricco il diritto ellenico.

(3) 18, 290 segg.

(4) 8, 318-9.

tetica (1). Prestati gli ἕδνα dallo sposo, il κυριος della sposa consegna la donna in mano dell'uomo, che la conduce a casa. La *traditio* è menzionata più volte, ma non per cagione di matrimonio. Achille incarica Patroclo di consegnare Briseide a' messi di Agamennone: καί σφωϊν δὸς ἄγειν (2); Ulisse consegna a Crise la figlia, dopo una specie di manumissione (? ἐπὶ βωμὸν), πατρὶ φίλῳ ἐν χερσὶ τίθει (3).

La mano, che nel simbolismo dell'antico diritto ha tanta parte, c'entra anche nei riti nuziali (4). Il *manu potestativa tradere,* che è la bellissima formola alamanna, s'incontra anche negli antichi usi nuziali dell'India; è il padre che pone la mano della figlia in quella dello sposo, ed abbiamo così la *dextrarum coniunctio*, che è la tradizione della donna (5). Dunque ἐν χερσὶ τιθειν è certamente una cerimonia nuziale, simboleggiante la *traditio* e da questo momento il matrimonio è perfetto, perchè il marito può condurre a casa sua la donna (6). In due luoghi, Omero descrive le feste solenni delle nozze (7); v'hanno banchetti, accompagnamento con fiaccole della sposa per la città, canti, suoni e danze; l'uso delle fiaccole ci avverte che la sposa era condotta nella casa maritale di sera. La festa, nella quale hanno parte precipua i sacrifizi, avviene nella casa paterna della sposa e segna proprio il *dies traditionis*, perchè il padre compie allora quanto ha promesso con gli sponsali: gli dei invocati γάμον ἐξετέλειον, cioè l'elemento religioso sanziona il contratto umano (8). Menelao manda la figlia al figlio di Achille, che quindi non è presente: come Briseide è consegnata al messo di Agamennone, e la figliuola di Crise al padre per mezzo di Ulisse in nome di Agamennone, è evidente che Menelao doveva consegnare la sposa ad una terza persona, che rappresentava lo sposo: questa terza persona ci rammenta il sal-

(1) Cfr. **Hermann-Blumner,** *Lehrb. der griech. Alterterth.* IV, 1882, pag. 262; **Leist,** *Alt-arisches J. G.* pag. 145. Già nella legge di Gortyna è precisa la nozione della dote, ciò che portò seco la donna. **Comparetti,** *Legge di Gortyna,* 45, Col. III, 6, p. 18, ἄτι ἔχονσ 'ἔιε πὰρ τὸν ἄνδρα.

(2) I, 337.

(3) I, 440, 445.

(4) **Grimm,** *Deut. R. Alterth.* p. 137 e segg.

(5) **Leist,** *Alt-arisches J. G.* p. 149-50.

(6) Cfr. III, 71; XXII, 472; 6, 158 ecc. ecc.

(7) XVIII, 491 e segg. 4, 322 e segg.

(8) 4, 326.

mann germanico (1). La sposa indossa abiti splendidi, dono dello sposo, e il corteo nuziale riceve pure in dono belle vesti (2). Queste sono le nozze solenni e pubbliche (3).

Dal momento della tradizione, la sposa è detta κουριδίη ἄλοχος, ingenua *uxor*: ma la traduzione non sembra fedele. Ἄλοχος si spiega agevolmente (4), ma più dubbio è l'aggettivo κουρίδιος: si collegherebbe, secondo il Curtius, a κείρω tagliare (5), cioè ricorderebbe l'uso ellenico di tagliare la chioma a chi esce dalla fanciullezza ed entra nella pubertà (6); il taglio della chioma però è un rito nuziale a Sparta (7), e in diritto longobardo, le zitelle rimaste in casa del padre o del fratello si dicono *in capillo* (8). Il senso simbolico di questa cerimonia è notissimo: si tratta cioè del rito dell'adozione, la quale facendo passare un estraneo sotto la podestà dell'adottante, ha una certa rassomiglianza col cadere in servitù (9). Le tradizioni conservateci da Omero ci rammentano quella forma di matrimonio, per la quale il genero non conduceva a casa propria la moglie, ma viveva accanto allo suocero con la sposa ed era fatto partecipe delle ricchezze e dignità di quello. Bellerofonte ebbe in isposa la figlia del re di Licia e τιμῆς βασιληΐδος ἥμισυ πάσης, e a lui i Lici misurarono una porzione ragguardevole di fertile terreno (10). Accostiamo questa leggenda all'italica: « Numae Pompilii regis nepos filia ortus Ancus Marcius erat ». Tarquinio il vecchio « filiam suam despondit » a Servio Tullio (11) e l'uno e l'altro succedono al genero rispettivo; anzi Servio Tullio, mentre di Tarquinio non era ancora annunziata la morte « sede regia sedens alia de-

(1) **Sohm,** op. c. p. 68 e segg.

(2) 15, 126-7 Elena dona una veste, opera delle sue mani, a Telemaco πολυηράτου ἐς γάμου ὥρην || σῇ ἀλόχῳ φορέειν. Cfr. 6, 28.

(3) O palesi XVI, 178 ὅς ῥ' ἀναφανδὸν ὄπυιε; in opposizione a παρελέξατο λάθρῃ (XVI, 184) che non è un matrimonio.

(4) Cfr. λέχος, lat. lectus.

(5) **Curtius,** *Etym*, p. 148; *Studien* I, 1, p. 250. **Ebeling,** Lex. I pag. 186.

(6) **Plut.** *Thes.* c. 6. **Theopom.** *fragm.* 182.

(7) **Plut.** *Lycurg.* c. 15.

(8) Cfr. per es. *Liutpr.* c. 4 e passim.

(9) **Grimm,** op. cit. p. 146-7.

(10) VI, 192 e segg. Notevole accenno alla proprietà collettiva.

(11) **Liv.** I, 22.

(12) **Liv.** I, 39.

cernit, de aliis consulturum se regem esse simulat » (1), cioè agisce come quasi un collega dello suocero. Senza pensare al matriarcato, si può spiegare la cosa ben più facilmente. In mancanza di maschi, la figlia diventa ereditiera (ἐπίκληρος, πατροῦχος) (2) e il patrimonio domestico e l'onor regio sono trattenuti nella famiglia. È vero che il genero dev'essere il parente prossimo, e qui si tratta di estranei, ma tuttavia qualche linea dell'istituto tanto diffuso nel diritto ellenico pare si trovi in Omero. Cisseo, che è l'avo materno d'Ifidamante, dà a questo la figlia in isposa (3), e qualunque siano i diritti de' parenti dal lato materno nell'antico sistema ellenico, il fatto è per se stesso degno di considerazione. E ancora questo si osservi: il re di Licia divide il regno col genero, come il padre faceva del patrimonio, lui vivente, co' figli (4), perciò il matrimonio ha anche qualche effetto dell'adozione, in questo caso speciale.

Il verso λῦσε δὲ παρθενίην ζώνην (5) segna la perfezione definitiva dell'unione, e trattandosi di popoli ancora sul limitare d'una colta convivenza, per dire una frase del Romagnosi, questo fatto ha un'importanza giuridica, come in tutti i diritti antichi (6).

NINO TAMASSIA

---

(1) **Liv.** I, 40.

(2) **Hermann-Thalheim,** *Lehrb. der griech. Antiquit.* II, 1, 59, p. 54 nota 1.

(3) XI, 221 e segg.

(4) *Legge di Gortyna* VII, 23-24: il padre può dividere il patrimonio tra i figli, ma non può essere costretto a farlo, come forse prima della legge.

(5) 11, 245.

(6) **Heusler,** op. c. II, pag. 284-5.

GIURISPRUDENZA COMMERCIALE CONTROVERSA

Sommario:

I. La continuazione di una società in nome collettivo con gli eredi minori di un socio defunto — II. Responsabilità di chi promuove la dichiarazione d' un fallimento poi revocata — III. La responsabilità degli accomandanti nelle società in accomandita semplice irregolari — IV. Una nuova questione sulla moratoria — V. L' approvazione del concordato in una terza o successiva adunanza.

I.

LA CONTINUAZIONE DI UNA SOCIETÀ IN NOME COLLETTIVO CON GLI EREDI MINORI DI UN SOCIO DEFUNTO.

La Cassazione di Roma con sentenza del 14 giugno 1892 (1) ha posto il principio che se è stato pattuito doversi una società in nome collettivo continuare anche con gli eredi di un socio, questi sono sempre obbligati da tale patto, anche se minorenni, senza bisogno di autorizzazione giudiziale. Il prof. Bolaffio in un suo scritto importante (2), dove la questione decisa dalla Cassazione romana è ampiamente trattata, ed al quale rimandiamo il lettore, in ispecie per quanto riguarda la esposizione delle varie opinioni emesse sulla questione, sostiene invece che il patto per cui la società in nome collettivo debba continuare con gli eredi può applicarsi anche quando l' erede è minore, condizionatamente a che esso ottenga le necessarie autorizzazioni e adempia le formalità senza delle quali non può dive-

(1) *Giur. it.* 1892, I, I, 872.

(2) *Diritto commerciale controverso* nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XII, 73-80.

nire commerciante, nè la sua rappresentanza può effettuare nel suo interesse atti che eccedano la ordinaria amministrazione.

Noi crediamo invece di dovere insistere sopra un' opinione, altra volta manifestata (1): nel caso che gli eredi sien minori devesi distinguere se essi abbiano compiuti gli anni diciotto, oppur no; nel primo caso se i minori vengano, da chi ne ha facoltà, emancipati ed autorizzati ad esercitare il commercio la società continua a vivere; nel secondo caso l' emancipazione e l' autorizzazione essendo impossibili, la società deve dichiararsi disciolta.

Vediamo in primo luogo come la opinione della Cassazione di Roma non sia accettabile. È ovvio, dice la Corte, che il patrimonio nello stretto senso giuridico non è un semplice oggetto esteriore, ma è invece la personalità stessa dell' uomo posta in rapporto con i differenti oggetti dei suoi diritti; e quindi il minore che qual rappresentante un' eredità entri a far parte di un' associazione non figura nel suo particolar nome, ma in quello dell' eredità che è la sola interessata, e nessuna iattura perciò gli può derivare. Ma (noi osserviamo) il dir questo e l' ammettere che si possa continuare a parlare di società in nome collettivo è un assurdo, perchè l' ammettere che in una società in nome collettivo vi sia un socio che non sia illimitatamente responsabile col suo patrimonio per le obbligazioni poste in essere in nome della società, od entri un nuovo socio che non sia responsabile personalmente delle obbligazioni assunte dalla società prima del suo ingresso nella medesima (art. 78 cod. di comm.) è sanzionare un assurdo. Se, come dalle citate parole resulta, per la Cassazione di Roma l' erede minore non diventa socio, il socio chi è? Se per esempio il defunto aveva un solo socio, e l' erede minore non diventa socio, come si potrà ancora parlare di società? Non si vorrà certo sostenere che socio debbasi continuare a considerare il defunto, perchè questa sarebbe un' eresia giuridica, sarebbe anzi cosa addirittura contraria al senso comune. Neppure potrà esser detto che debba considerarsi quale socio *il patrimonio ereditario,* come parrebbe forse intendere la Cassazione di Roma là dove dice che il patrimonio è la personalità stessa dell' uomo posto in rapporto con i differenti oggetti dei suoi diritti; perchè nel caso nostro il patrimonio, così inteso, sarebbe la personalità del defunto o la personalità dell' erede? e i diritti con i quali è posto in rapporto, sarebbero quelli del primo oppur quelli del

(1) **Sraffa,** *La liquidazione delle società commerciali*, Firenze, Pellas, 1891, pag. 14.

secondo? Ma nell'un caso si verrebbe di nuovo ad affermare che socio rimane il defunto, nell' altro che socio in nome collettivo diviene l'erede personalmente — e questo la Cassazione stessa di Roma non può ammettere. Ma anche indipendentemente da ciò, certo si è che l'eredità del socio defunto, quantunque vada accettata col beneficio d'inventario (art. 930 cod. civ.), non potrebbe mai considerarsi una personalità tale da costituire un ente capace di far parte d'una società in nome collettivo. In primo luogo l'eredità beneficiata non può considerarsi come una *persona giuridica* e lo stesso Bonelli (1), il quale più e meglio d'ogni altro scrittore nostro tende a riconoscere ai patrimoni in liquidazione una personalità giuridica, non ci sembra che giunga fino ad attribuirla, di fronte alla nostra legge, alla eredità beneficiata; ma in ogni modo, si potesse pure attribuirgliela, resterà sempre la impossibilità che questo ente formi parte di una società in nome collettivo. Dove sarebbe la responsabilità illimitata con cui ogni socio deve rispondere, in tali società, delle obbligazioni assunte in nome di queste? La Cassazione di Roma osserva in proposito che la illimitata responsabilità cui sono soggetti i beni del socio non si arresta o scompare alla morte del medesimo, ma permane ed accompagna i beni finchè restano nelle mani del socio e del suo successore a titolo universale, che ne assume la figura di depositario o d'amministratore, col consequenziale obbligo di rendere conto alla massa dei creditori, che nelle sostanze ereditarie ritrovano la garanzia dei loro diritti. Ora a noi sembra che, perchè si abbia una società in nome collettivo, non è questa la responsabilità illimitata, che richiede l'articolo 76 del codice di commercio; la legge parla di illimitata responsabilità dei soci, e non di illimitata responsabilità di un patrimonio; e la differenza non è piccola, poichè quando si parla di responsabilità illimitata di un socio si abbraccia non solo tutto il patrimonio attuale, ma anche tutto quanto, in avvenire, lo svolgimento dell'attività personale del socio può creare; quando invece vi ha il patrimonio del defunto per rispondere delle obbligazioni sociali, quel patrimonio è ormai qualcosa di fisso, che un'attività umana più non fa centro delle proprie operazioni.

Tutto ciò ne sembra che dimostri come non si possa dire che necessariamente la società in nome collettivo — nell'esistenza di

(1) *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale* nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, VII, pag. 225 e segg.

analogo patto — debba continuare con gli eredi minori del socio defunto, indipendentemente da ogni autorizzazione per questi ultimi.

Fu osservato da un valoroso giurista che accettata la dottrina oggi ammessa dalla Cassazione di Roma il minore « non sarebbe socio in nome collettivo, ma accomandante, con un contributo, al massimo, equivalente all' entità della sostanza ereditaria » (1); ma se ben si consideri la sentenza stessa è agevole scorgere come, secondo il suo concetto, la società ch'essa sostiene sempre esistente — e che dimostrammo non essere più una società in nome collettivo — non sarebbe neppure venuta a trasformarsi in un' accomandita. Infatti, secondo la Cassazione di Roma, il patrimonio del socio defunto andrebbe diviso in due parti; la prima, composta della quota sociale, che continuerebbe a far parte del capitale sociale; la seconda, composta di tutto il rimanente patrimonio ereditario, che, pur non divenendo capitale sociale, rimarrebbe in deposito presso l'erede, affinchè questi lo amministrasse e lo conservasse in garanzia dei creditori del defunto e dei creditori presenti e futuri della società. Ma basta esporre questa condizione di fatto e di diritto per accorgersi subito che non ci troveremmo dinanzi neppure ad una società in accomandita, perchè « il socio accomandante è tenuto *sino al limite della sua quota a rispondere dei debiti sociali* » (art. 117 cod. di comm.), mentre che nel caso nostro, secondo quanto ammette la Cassazione di Roma, anche per le operazioni posteriori alla morte del socio, ossia anche dopo il momento da cui la società si sarebbe trasformata in accomandita, ne risponderebbe, oltre la quota sociale, il restante patrimonio ereditario.

Restano ora a spiegare le ragioni che ci persuadono a sostenere che, trattandosi di minori degli anni diciotto, *mai* essi possano continuare a far parte della società in nome collettivo, cui apparteneva il loro defunto autore, benchè questi avesse pattuito la continuazione della società con i proprî eredi, per dopo la sua morte.

L' articolo 12 del codice di commercio dispone che « il genitore che esercita la patria potestà ed il tutore non possono continuare l' esercizio del commercio nell' interesse di un minore, se non vi sono autorizzati, il primo dal tribunale civile, ed il secondo con deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela omologata dal tribunale ». Il principio quivi contenuto è una deroga al principio generale che il genitore, il quale esercita la patria potestà, o il tutore,

(1) **Bolaffio,** op. cit. p. 79.

non possono essere validamente autorizzati ad intraprendere il commercio per conto del minore. I principî generali portano anche alla conclusione che neppure possono tali persone essere autorizzate a concorrere alla costituzione di società in nome collettivo e di società in accomandita, nelle quali il minore debba entrare come accomandatario (1). Si tratta quindi di vedere se la disposizione dell'articolo 12 del codice di commercio, oltre ad avere esplicitamente derogato al principio generale per quanto riguarda la continuazione di un commercio, vi abbia derogato anche per quanto riguarda il continuare a far parte di una società in nome collettivo, da parte di un minore. E noi crediamo di potere affermare con sicurezza di no. Intanto, è evidente che il continuare un commercio è ben differente dal continuare a far parte di una società in nome collettivo; la differenza, anzi, è tale che essa sola, ci sembra, basterebbe ad escludere l'interpretazione estensiva dell'articolo 12 del codice di commercio. Infatti, se questo articolo permette che il genitore, il quale abbia la patria potestà, o il tutore, continuino, con le debite autorizzazioni, il commercio nell'interesse del minore si è perchè, trattandosi di un commercio, essi possono esercitarlo personalmente o con l'opera di un institore che dipenda direttamente da loro, in modo che essi possano essere chiamati responsabili di ogni danno che al minore possa derivare dalla loro colpa, nell'esercizio del commercio, o da colpa dell'institore che essi abbiano preposto al commercio stesso. È per questo, come osserva giustamente il Bolaffio, (2), che la capacità, la rettitudine, l'esperienza del rappresentante costituiscono, senza dubbio, un elemento da prendersi in considerazione per concedere che il commercio continui.

Ma trattandosi di società in nome collettivo, il rappresentante del minore si troverebbe in una ben differente condizione; intanto — si noti — generalmente si pattuisce la continuazione della società con gli eredi di un socio defunto, quando il defunto non sia il socio gerente; e questo si comprende facilmente, poichè è il socio gerente che dà l'indirizzo alla società ed è all'attività ed all'attitudine personale di questo che gli altri soci specialmente si affidano; in questo caso l'ufficio del rappresentante del minore si ridurrebbe ad un ufficio di sindacato sull'opera del gerente; quindi il rappresen-

(1) Confr. **Piola,** *La legislazione italiana sulla patria potestà*, Roma' 1892, pag. 94.

(2) *Il codice di commercio italiano commentato*, Verona, I, n. 129.

tante del minore dovrebbe rispondere dei danni che al minore egli producesse per non avere diligentemente sindacato l'opera del gerente; ma, all'infuori di questo caso, pei danni che l'opera colposa del gerente producesse alla società e quindi al minore, il genitore e il tutore non potrebbero essere chiamati responsabili. E anche se la società non avesse un gerente, ed il rappresentante del minore prendesse, in tale sua qualità, parte diretta alle operazioni sociali, la differenza con il caso di continuazione pura e semplice del commercio sussisterebbe pur sempre, poichè gli interessi del minore non sarebbero tutelati dall'opera esclusiva e libera del rappresentante del minore stesso: basti ricordare che, secondo il combinato disposto degli art. 1723 n. 1, codice civile e 107 codice di commercio, nelle società in nome collettivo si presume che i soci siensi reciprocamente data la facoltà d'amministrare l'uno per l'altro e che l'operato di ciascuno è valido *anche per la parte dei consoci, ancorchè non abbia riportato il loro consenso,* salvo a questi ultimi o ad uno di essi il diritto di opporsi alla operazione *prima che sia conclusa.*

Indipendentemente poi dalle considerazioni precedenti, non può parlarsi dell'autorizzazione di cui all'articolo 12 codice di commercio perchè il minore continui a far parte di una società commerciale in nome collettivo, ciò essendo necessariamente escluso dalla disposizione dell'articolo 15 del codice stesso.

Secondo questo articolo, infatti, l'autorizzazione per esercitare il commercio per conto del minore data al genitore o al tutore, può in ogni tempo essere revocata; e, quantunque l'articolo 15 non sia esplicito su questo punto, può, indubbiamente, essere revocata anche l'autorizzazione data, in ordine all'art. 12 del codice di commercio, al genitore che esercita la patria potestà ed al tutore per continuare l'esercizio del commercio nell'interesse di un minore; questa opinione (siamo lieti di constatarlo) ha in suo favore l'autorità dell'illustre Vidari (1) il quale dice: « nessun dubbio del resto (sebbene il codice nostro ne taccia) che il tribunale e il consiglio di famiglia e di tutela, come possono deliberare la continuazione dell'esercizio mercantile del minore, possono anche rivocare tale autorizzazione o deliberazione — sebbene quest'ultima sia stata omologata dal tribunale civile —, quando, per qualsivoglia ragione, ciò appaia conveniente all'interesse del minore ».

(1) *Corso di diritto commerciale,* terza edizione, I, n. 171.

A ciò si aggiunga che se il genitore autorizzato alla continuazione del commercio nell'interesse del minore od il tutore vengano a perdere tale loro qualità, il consiglio di famiglia o di tutela debbono di nuovo deliberare se l'esercizio del commercio dell' industria nell' interesse del minore debba proseguire sotto il nuovo rappresentante (1).

Ora, noi domandiamo: come è possibile che l'autorizzazione di cui parla l'art. 12 del codice di commercio si possa riferire al caso dell'entrata di un minore a far parte di una società in nome collettivo, quando tale autorizzazione può sempre essere revocata, e cessa anzi di avere efficacia col mutarsi della persona del rappresentante il minore? Nè si dica che l'articolo 15 del codice di commercio aggiunge che cotesta rivocazione « non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, neppure per le operazioni in corso » e che perciò la revoca della autorizzazione non avrebbe effetto di fronte ai consoci e alla società; perchè se ciò fosse, e potremmo dimostrare che non è, costituirebbe la più bella conferma di quanto noi sosteniamo, poichè l'articolo 12 non potrebbe avere ammesso la possibilità che l'autorizzazione di cui parla fosse, in un caso importantissimo, anzi nel più importante, irrevocabile, malgrado la disposizione dell'art. 15.

II.

RESPONSABILITÀ DI CHI PROMUOVE LA DICHIARAZIONE D' UN FALLIMENTO, POI REVOCATA.

Il creditore che ha promossa la dichiarazione di fallimento del debitore è responsabile, qualora questi ne ottenga la revoca, dei danni cagionati per quella dichiarazione, solo nel caso in cui sia dimostrata la di lui colpa. Così decise con sentenza 5 aprile 1892 (2) la Corte di appello di Milano e noi conveniamo pienamente con essa nel ritenere che la responsabilità, nel caso in esame, sia sempre possibile e si determini in base alle disposizioni degli articoli 1151, 1152 codice civile. Citiamo anche questo secondo articolo, sebbene la sentenza non lo menzioni, essendo evidente che essa non ha punto

(1) Confr. **Bolaffio,** *Il codice di commercio italiano commentato* l. c. — *Contra:* Cassaz. di Palermo, 4 novembre 1882 nella *Giur. it.* 1885, I, 290 con nota del **Ricci,** favorevole all' opinione sostenuta nel testo.

(2) *Giur. it.*, 1892, II, 458.

inteso di escluderlo, una volta che parla genericamente di responsabilità *ex delicto* o *quasi*. Dunque la colpa del creditore, in qualunque grado essa sia, lo rende responsabile: sarà maggiore o minore l'entità del risarcimento dovuto, quanto maggiore o minore sarà stata la gravità della colpa (almeno per ciò che riguarda i danni morali); ma il risarcimento sarà sempre dovuto quando la colpa non sia esclusa.

Questa dottrina, che ci sembra la più corretta, elimina opportunamente la disputa che già si è agitata intorno alla applicabilità dell'art. 370 del codice di procedura civile alla presente controversia. Si è dubitato che dovesse, in obbedienza a questo articolo, essere ristretta la responsabilità del creditore al caso di *lite temeraria;* ed intorno a questo dubbio si ebbero soluzioni poco soddisfacenti. Il Cuzzeri (1) scrive in proposito: « Gravissima è la responsabilità del creditore il quale abbia ingiustamente fatto dichiarare il fallimento del debitore; poichè, se questo impugnando la sentenza dichiarativa ne ottenesse la revoca, avrebbe diritto di ripetere da lui il risarcimento di tutti i danni che col fatto proprio gli ha cagionato in applicazione del principio sancito dall'art. 1251 codice civile. Però, la responsabilità non si incorre certamente dal creditore solo perchè l'istanza di fallimento non sia stata accolta, o la dichiarazione pronunziata venga poi revocata quando il creditore abbia agito in buona fede. Infatti, giusta l'art. 370 Codice di procedura civile, la soccombenza nella lite non è sufficiente per la condanna all'indennizzo, ma in questa s'incorre soltanto quando siasi sostenuta una lite temeraria ». Qui non rilevasi un concetto scientifico abbastanza nitido; imperocchè sembra dapprima che l'autore voglia eliminare la responsabilità solo nel caso di assoluta assenza di colpa; poi parla di *buona fede*, la quale non è certo uno dei fattori necessari della colpa civile; e infine richiama l'art. 370 del codice di procedura civile portando la controversia su di un terreno diverso, come dimostreremo or ora; oltrechè limita la responsabilità alla ipotesi della *colpa grave*, giacchè, e la nota giustamente il Chironi (2), la temerarietà della lite equivale a designazione di colpa grave.

La Cassazione di Torino, nel 30 settembre 1881 (3) accennò a seguire la strada più diritta, sebbene con linguaggio alquanto equi-

(1) *Il codice di commercio it. commentato*, Verona. vol. VII, n. 65, pag. 94.
(2) *Colpa extra contrattuale*, vol. I, pag. 190, nota 4.
(3) *Giur. it.* XXXIII, I, 1, 707.

voco, sentenziando che « in punto di fallimento, come in qualunque altra materia, quando non solo non vi è temerità nel promuovere la relativa istanza, ma colui che la provocò ha agito in buona fede, quando l'ingiustizia della dichiarazione sia provenuta da un errore scusabile della parte, non può ravvisarsi quella colpa, negligenza ed imprudenza di cui è cenno agli art. 1151, 1152 Codice civile ». Però la stessa Corte dava indizio di avere modificato i propri criteri, quando con sentenza del 9 dicembre 1882 (1) poneva alla responsabilità del creditore un ben più angusto limite: « Ogni creditore (ivi leggesi) ha diritto di provocare il fallimento, come il fallito e tutti gli altri creditori hanno il diritto di fare opposizione; e soltanto chi abbia provocato questa odiosa misura con mala fede o nullamente, come ad esempio, senza essere creditore, deve risarcire i danni ». Così parrebbe che solo la colpa grave desse luogo a responsabilità, come infatti ebbe a confermare la stessa Corte nel 17 luglio 1885 (2). Ma di tale limitazione non vi è motivo ragionevole, a meno di ammettere l'applicabilità dell'art. 370 codice di procedura, nel quale espressamente, la stessa parola della legge, la stabilisce ed impone. Se non che la Corte suprema di Torino esclude al par di noi l'applicabilità del ridetto articolo 370; e ben a ragione; poichè, come dicevamo, l'ammetterla equivarrebbe ad uscire dai termini della questione. Il che è ora necessario di dimostrare brevemente.

Senza dire quale e quanta sia l'opportunità, quale e quanta l'utilità, dell'ultima parte di quell'articolo del codice di procedura è certo che esso contempla l'ipotesi di una difesa assolutamente ingiusta, vessatoria, immorale, che, per il puro e semplice fatto d'essere stata sostenuta in giudizio, possa aver dato luogo a danni a carico della parte avversaria, maggiori e diversi dall' ordinario danno delle spese occorrenti alla lite. Questa è la precisa situazione configurata dall'art. 370: e ci rendiamo facilmente ragione del perchè il legislatore abbia qui voluto limitare la responsabilità ai casi di *colpa grave* e di *dolo*, cioè di *lite temeraria*, com'esso dice, essendo evidente che l'idea di accedere ai tribunali non deve incutere soverchio terrore nei cittadini, i quali per essere sicuri di evitare altrimenti le condanne ad indennizzi non basterebbe che avessero la certissima coscienza del proprio diritto, ma anche la prescienza certissima di ottenere dal magistrato un giu-

(1) *Giur. it.* XXXV, I, 89.
(2) *Giur. it.* XXXVII, I, I, 29.

dizio perfettamente favorevole, il che pur troppo non è sempre dato di conseguire quand' anche si abbia ragione.

Ma per poco che si porti l' attenzione sulla controversia che ci occupa, ben si vede che i danni derivabili da una non giusta dichiarazione di fallimento non sono già causati da una difesa temeraria di lite, ma dalla *esecuzione di una sentenza*. E si potrebbe anzi affermare (sebbene una replica non sia impossibile), che di fronte ad una sentenza, sia pure revocabile, la quale abbia accolto l' istanza sottoposta al giudice, il concetto di temerarietà dell' istanza medesima, in senso assoluto, è ormai eliminata. Ma in ogni modo, basta a differenza sostanziale ora notata, fra i danni prodotti da difesa temeraria e quelli cagionati dall' esecuzione di una sentenza, per rendere impossibile l' invocazione, neppure a titolo d' analogia, della regola scritta nell' art. 370. Ed allora rimane la questione nel dominio del diritto comune, cioè sotto il governo delle norme ordinarie relative alla colpa civile; e non v' è motivo plausibile per limitare la responsabilità al caso della colpa grave, non esistendo alcun principio di diritto positivo che suffraghi siffatta limitazione.

La posizione processuale e giuridica che più ci sembra accostarsi al caso nostro, è quella della esecuzione forzata intrapresa in virtù di sentenza provvisoriamente esecutiva, la quale poi sia riparata in appello. Al quale proposito è da notare che se la dottrina e la giurisprudenza, confondendo l' obbligo della restituzione dell' indebito percetto con quello del rifacimento dei danni a titolo di colpa extra contrattuale, furono in passato proclivi ad ammettere in ogni caso questo secondo obbligo, come se la colpa fosse sempre inerente al fatto dell' esecuzione, la dottrina e la giurisprudenza più recenti propugnano la pura e semplice applicazione dei principii della colpa extra contrattuale ed esigono pertanto che sia dimostrata la colpa per dar luogo a responsabilità d' indenizzazione. Veggasi in proposito la sentenza 31 marzo 1892 della Cassazione di Firenze (1) il Mortara (2) e il Cuzzeri (3).

Vero è che della sentenza provvisoriamente esecutiva è la parte interessata che promuove l' esecuzione (e quindi si può dire che la promuove a proprio rischio e pericolo), mentre l' esecuzione della sentenza di fallimento ha luogo per opera dell' autorità giudiziaria

(1) *Giur. it.* 1892, I. 637.

(2) *App. civile*, n. 674, in nota.

(3) *Commentario al codice di procedura civile*, 2ª ediz. vol. IV, art. 363.

e dei suoi ufficiali delegati. Ma non è men vero che colui il quale domanda una dichiarazione di fallimento conosce già le regole del codice relative all'esecuzione della sentenza; per cui sarebbe un argomento punto serio l'addurre che egli volle la sentenza, ma non ne volle l'esecuzione.

Qui però la teorica ha bisogno di essere completata con una importante osservazione. A carico di chi sta l'onere della prova nella controversia sulla responsabilità? Nella risoluzione di tale quesito sta tutta l'importanza pratica della disputa.

Noi non esitiamo a dichiarare che, per nostro avviso, il debitore, il quale ottiene la revoca della sentenza di fallimento, deve egli stesso fornire la prova della colpa del creditore.

Imperocchè, dal momento che costui ha potuto ottenere una pronunzia giudiziaria, la quale riconobbe la legalità dell'istanza, una innegabile presunzione di sereno e maturo esame di essa viene a trovarsi stabilita, e si allontanano così le probabilità, non solo della colpa grave, ma anche della semplice imprudenza.

Ciò crediamo si possa dire, in generale, per tutti i casi di danni derivati dall'esecuzione di una sentenza legalmente eseguibile. Ma a maggior ragione lo riteniamo per il caso nostro, allorchè ricordiamo che l'obbligo di severa indagine da parte del magistrato è reso più solenne dal difetto di contradditorio del debitore, oltre che dalla natura e gravità degli effetti della sentenza.

Per certo non mancheranno casi nei quali il debitore possa dedurre la prova della colpa dagli stessi titoli sui quali si fonda la ottenuta revocazione del fallimento. E questi saranno i casi di dolo o colpa grave; quando, p. es. siasi potuto dimostrare che il credito vantato non sussisteva, e che furono adoprati raggiri per ingannare il magistrato circa lo stato economico del debitore, ecc. Ma questi casi non sono certamente i soli in cui possa verificarsi la revoca di una dichiarazione di fallimento; nè la maggiore importanza che questi presentano è valido argomento per sbandire in tutti gli altri il concetto della responsabilità del creditore. Però è anche manifesto, che ponendosi l'onere della prova a carico del debitore si rimuove l'incentivo a pretensioni infondate o smodate d'indennità da parte di costui e si pone in grado il magistrato di adoprare, a tutela della giustizia e della buona fede, quella larghezza discrezionale di apprezzamento dei fatti e delle circostanze di cui sempre è necessario che egli possa disporre in tema di indagini sulla colpa civile.

III.

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ACCOMANDANTI NELLE SOCIETÀ IN ACCOMANDITA SEMPLICE IRREGOLARI.

Il nostro codice di commercio ha voluto — come fu più volte osservato — troppo violentemente costringere le società commerciali ad adempiere alle formalità richieste dalla legge per la loro regolare costituzione colpendo in diversi modi, ed inesorabilmente, i soci che non abbiano provveduto ad adempierle. Giustamente perciò la Corte di Cassazione di Napoli, con sua sentenza del 26 febbraio 1892 (1), decise, come già aveva deciso la Cassazione di Torino, con sentenza del 25 giugno 1887 (2), che i soci accomandanti di una società in accomandita semplice non ancora legalmente costituita, sono responsabili illimitatamente ed in solido per le operazioni sociali, ancorchè non compiute direttamente da essi. Questa opinione è resa palese, osserva la Cassazione di Napoli, dal significato delle parole adoprate nell'articolo 98 del codice di commercio, nonchè dalla intenzione del legislatore. Dal significato delle parole usate nell'articolo 98 — « sino alla legale costituzione della società, i soci, i promotori, gli amministratori e tutti coloro che operano in nome di essa contraggono responsabilità senza limitazione ed in solido per tutte le obbligazioni sociali » —, poichè non è possibile concepirsi solidarietà di debitori se la responsabilità potesse limitarsi ad un solo che per avventura spenda il nome sociale; la solidarietà esige il concorso di più individui, e cotesti individui, i quali l'art. 98 raggruppa in unica responsabilità solidale, sono i soci, i promotori, gli amministratori, e colui o tutti coloro che operano in nome della società. Dalla intenzione del legislatore, poichè se esso avesse voluto limitare la responsabilità soltanto a chi si faccia ad intraprendere operazioni sociali prima che la società acquisti vita legale, superfluamente avrebbe additato i soci, i promotori e gli amministratori, perocchè a comprendere coloro tra quelli che si ingeriscono negli affari sociali prima degli adempimenti di legge per rendere la società ritualmente costituita, bastava la frase ultima relativa a tutti coloro i quali operino in nome della società. Così decidendo la Cassazione

(1) *Foro it.* 1892, I, 1064.
(2) *Foro it.* 1887, I, 948.

di Napoli applicava rettamente la legge. Ci sembra però che alla Corte stessa, la quale pur si fonda sull'articolo 98 del codice di commercio, sia sfuggito l'argomento più importante, e davvero decisivo, che da cotesto articolo si può trarre in favore della tesi da essa adottato. Infatti, la Corte non ha osservato che quando l'art. 98 parla (oltre che dei promotori e degli amministratori) dei *soci*, i quali contraggono responsabilità illimitata per le obbligazioni assunte in nome della società fino a che non sieno adempiute le formalità ordinate dalla legge, ne ha parlato unicamente per stabilire la responsabilità illimitata e *solidale dei soci accomandanti di un' accomandita semplice*, poichè quanto ai soci in nome collettivo il principio quivi contenuto, della resposabilità illimitata per le obbligazioni assunte in nome della società, è necessaria e principale conseguenza del carattere stesso della loro obbligazione e del principio, in altro articolo sanzionato, che di fronte ai terzi — ed a vantaggio di questi — le società in nome collettivo irregolarmente costituite producono i medesimi effetti che se fossero regolarmente costituite. L'art. 98 non può riferirsi ai soci delle accomandite per azioni e delle anonime e ciò è dimostrato dalla stessa Cassazione di Napoli, nella sentenza di cui ci occupiamo, dove giustamente si osserva che « per siffatte società manca la disposizione del secondo capoverso dell'art. 99, per cui per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice la mancanza dell' atto scritto o delle pubblicazioni di legge, non può dai soci essere opposta ai terzi, ed anzi talvolta mancano in esse financo i soci, subentrando in loro vece il numero ed il valore nominale delle azioni, come dal n. 4 dell'art. 89 di detto codice; epperò l'applicazione del cennato art. 98 nel senso lato come sopra in quanto alle società in accomandita per azioni, come del pari a quelle anonime, è forza circoscrivere nel rapporto dei soli amministratori e promotori, dei quali i primi hanno per gli art. 91 c. 248 Codice suddetto l'obbligo e la responsabilità degli adempimenti di legge a rendere legale l'atto sociale ed i secondi, per l'altro articolo 126 codice medesimo, solo di quelli che promuovono la esistenza della società, fosse pure di fatto soltanto ». Quanto diciamo è confermato dal fatto che le altre persone cui l'articolo 98 si riferisce non sarebbero, indipentemente dall'articolo stesso, e non sono, fuori del caso in questo articolo contemplato, illimitatamente responsabili per le obbligazioni assunte in nome della società; a noi, infatti, sembra evidente che l'art. 98 parli, oltre che dei *soci* (accomandati semplici) solamente dei promotori e degli amministratori di

società anonime ed in accomandita per azioni; quanto ai promotori niun dubbio è possibile, di essi occupandosi gli articoli 126 e 127 del Codice di commercio, posti fra le *disposizioni comuni alle società in accomandita per azioni ed anonime;* quanto agli amministratori ci sembra debba dirsi lo stesso, poichè amministratori delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice non possono essere che i soci, i quali abbian già, ed indipendentemente dalla loro qualità di amministratori, illimitata responsabilità per le operazioni poste in nome della società.

La Corte d'Appello di Milano, in una sentenza del 5 febbraio 1892 (1) sanzionò, implicitamente almeno, un principio opposto a quello da noi sostenuto avendo deciso che l'art. 98 del codice di commercio pone il principio che « è il fatto d'avere operato in nome della società anzichè la qualità di socio, promotore o gerente, ciò che induce la obbligazione di cui è parola »; ma questo è evidentemente un errore poichè l'art. 98, come fu già sopra osservato, parla della responsabilità illimitata e solidale dei soci, promotori ed amministratori di una società irregolare, senza distinguere fra quelli che hanno operato e quelli che non hanno operato in nome di essa, e sanziona inoltre la responsabilità illimitata e solidale di ogni altra persona, che abbia operato in nome di una società, non *costituitasi* regolarmente.

Ciò premesso, non possiamo tacere che la responsabilità illimitata dei soci accomandanti per tutte le operazioni poste in essere dalla società, per la quale non sieno state adempiute le formalità richieste di pubblicazione e trascrizione, è una delle sanzioni più gravi e meno giustificabili che la nostra legge dia alla mancanza di tali formalità. In vero, poichè questa mancanza non può essere dai soci opposta ai terzi (art. 98 codice di commercio) e questi si trovano nella condizione fortunata di potere considerare, secondo che ad essi meglio conviene, la società irregolare come esistente, oppure come non esistente, sembra che, logicamente, tale esistenza di *fatto* non dovrebbe potersi ammettere a danno dei soci, oltre i suoi veri e reali limiti; ora, le società in accomandita semplice irregolari, in realtà, esistono con la responsabilità illimitata di alcuni soci, con la responsabilità di alcuni altri limitata ad una certa quota; come adunque, logicamente, si possono considerare *esistenti quali realmente non esistono,* cioè con la responsabilità illimitata di tutti

(1) *Monit. dei trib.* 1892, 388.

quanti i soci? Si ha qui uno strano miscuglio di realtà e di finzione, che contrasta vivamente con ogni principio razionale; si ha cioè la facoltà nei terzi di considerare esistente ciò che esiste *di fatto*, ma non *legalmente*, la società — e questo in omaggio al fatto (che non può negarsi) della esistenza della società medesima, e con lo scopo di obbligare la società ad adempiere alle formalità che la legge richiede; ma per ottenere sempre meglio questo scopo si ha la *finzione* che la società sia differente da quel che è, sia cioè composta di tutti soci illimitatamente responsabili.

Nè questa conclusione può essere efficacemente combattuta con l'osservare che i terzi contraenti con la società non avendo avuto cognizione legale, in mancanza della pubblicazione e della trascrizione dell'atto sociale, del carattere della società, possono ragionevolmente aver creduto tutti i soci illimitatamente responsabili, e quindi essersi indotti a contrattare con la società; infatti, nelle operazioni poste in essere per conto della società il nome degli accomandanti non può apparire, e questi non possono avere avuto nelle operazioni stesse una parte attiva, quindi i terzi non possono essere stati tutti in inganno sul grado di responsabilità degli accomandanti; chè se ciò fosse avvenuto, allora non si avrebbe più un'accomandita, ma una vera società in nome collettivo (art. 114 e 118 codice di commercio).

Il principio posto dalla Cassazione di Napoli ci sembra che vada accolto con un temperamento che dalla Corte non fu accennato, forse perchè non gliene fu offerta l'occasione dal caso su cui ebbe a giudicare, ma neppure fu, nè esplicitamente, nè implicitamente, respinto: e il temperamento si è questo: che la responsabilità illimitata dei soci accomandanti di una accomandita semplice, se la società non fu regolarmente costituita, possa sorgere solo dal momento in cui trascorsero inutilmente i termini entro i quali la pubblicazione e la trascrizione dovevano esser fatte.

In vero, un estratto dell'atto costitutivo della società in nome collettivo ed in accomandita semplice deve essere depositato *entro quindici giorni dalla data dell'atto costitutivo nella cancelleria del tribunale* (art. 90 cod. di comm.) e l'estratto stesso deve essere pubblicato nel giornale degli annunzi giudiziari dei luoghi dove la società ha sede, stabilimenti e rappresentanze *entro un mese dal deposito dello estratto medesimo presso il tribunale* (art. 91 cod. di comm.); orbene, durante questo tempo la mancanza delle avvenute pubblicazioni non può produrre effetto alcuno a danno dei

soci, 1° perchè se i soci *possono* attendere questo periodo di tempo, ciò vuol dire che non hanno *l'obbligo* di fare, prima che questo sia decorso, le pubblicazioni ecc., 2° perchè la pubblicazione e la trascrizione di cui agli art. 90 e 91 citati richieggono un certo tempo perchè sia *materialmente possibile* di farle e sarebbe assurdo tenere i soci accomandanti responsabili per non aver fatto l'impossibile; 3° perchè se la limitazione, cui ora accenniamo, non si ammettesse, ne verrebbe che sempre i soci accomandanti, in una accomandita semplice, potrebbero diventare responsabili illimitatamente, perchè sempre, di necessità, vi è un periodo in cui, benchè costituita la società, la pubblicazione e la trascrizione non sono ancor fatte e durante il quale può essere necessario di intraprendere delle operazioni in nome della società. Ma qui prevediamo una obbiezione; i terzi, si può dire, i quali non hanno ancora avuto legalmente (cioè dalla pubblicazione e trascrizione) notizia del vario grado di responsabilità dei soci, possono averli creduti tutti illimitatamente responsabili e quindi come tali vanno di fronte a loro ritenuti. — Non neghiamo che la obbiezione abbia apparentemente un certo valore; ma ci sembra che si possa rispondervi, osservando che affinchè nel periodo di cui parliamo gli accomandanti potessero esser ritenuti illimitatamente responsabili per le operazioni fatte in nome della società, bisognerebbe loro riconoscere, durante il periodo medesimo, il diritto (che secondo la nostra legge non hanno) di opporsi a coteste operazioni, essendo assurdo ed ingiusto ammettere, a titolo di pena (perchè ha anche questo carattere la disposizione dell'art. 98), una responsabilità in certe persone per atti che esse nè hanno posto in essere, nè potevano impedire. E si noti che, indirettamente almeno, questo effetto gli accomandanti possono, in generale, ottenerlo nelle società in accomandita semplice irregolari, valendosi del diritto di chiedere lo scioglimento della società, per il fatto appunto che questa è irregolare; ma tale diritto loro non compete, come ora vedremo, durante il periodo entro il quale le formalità di pubblicazione e trascrizione vanno adempiute, e quindi durante tale periodo i soci accomandanti neppure indirettamente possono ottenere che più non si pongano in essere operazioni in nome della società. La quale differenza fra caso e caso è quella che giustifica la differente risoluzione che, secondo si tratti dell'un caso o dell'altro, noi accettiamo.

Quindi è che, come durante i quindici e trenta giorni di cui agli art. 90 e 91, i soci non possono valersi della facoltà loro con-

ceduta dall'art. 99 di domandare lo scioglimento della società per la mancanza della trascrizione e della pubblicazione (1), così si dovrà dire che durante cotesti quindici e trenta giorni i soci accomandanti non diverranno, per la mancanza della pubblicazione e della trascrizione richieste dalla legge, responsabili illimitatamente per le operazioni poste in essere in nome della società.

Vediamo ora, brevemente, quali sono le conseguenze del principio posto dalla Cassazione di Napoli. La Corte parrebbe ne traesse delle conseguenze di inaccettabile gravità; dicendo che « i soci accomandanti di una società in accomandita semplice, non legalmente costituita per difetto delle pubblicazioni di regola, assumono responsabilità illimitata ed in solido *ancora quando non compiano direttamente operazioni sociali* » lascia credere di equiparare il caso di responsabilità assunta dall' accomandante per la mancata regolarità delle pubblicazioni ecc. con quella dipendente dalla partecipazione di un' accomandante alle operazioni sociali. I due casi invece vanno tenuti ben distinti, poichè mentre il socio accomandante il quale faccia atto di amministrazione producente diritti ed obbligazioni alla società diviene « responsabile senza limitazione e solidariamente verso i terzi per tutte le obbligazioni della società » (art. 118 cod. di comm.), cioè responsabile per tutte le obbligazioni sia anteriori sia posteriori all' atto da lui posto in essere, e diviene quindi un vero e proprio socio in nome collettivo (qualità che perde solo dopo lo scioglimento e la liquidazione della società o dopo la sua esclusione dalla medesima, rimanendo però anche dopo questo obbligato ai sensi degli articoli 186 e 188 del codice di comm.); nel caso nostro invece la responsabilità del socio accomandante è illimitata per tutte le obbligazioni assunte in nome della società *fino a che non sieno state adempiute le formalità di pubblicazione e trascrizione dell' atto costitutivo* (art. 98). Dunque, nel caso nostro il socio in accomandita semplice non diventa un socio a responsabilità illimitata, non acquista cioè la qualità di socio in nome collettivo; ma risponde, come se fosse tale, solamente per le obbligazioni che siano state assunte in nome della società fino a che questa è irregolare. Però, valendosi della facoltà a lui conceduta dall' art. 97 di adempiere, anche tardivamente, le formalità prescritte, fa sì che dal momento in cui tali formalità furono adempiute, risponde, per le obbligazioni assunte in nome della società,

(1) App. di Messina 21 dic. 1880, *Legge* XXI, 489.

fino al limite della sua quota (art. 117), riacquista cioè tutti i diritti e risponde unicamente degli obblighi di *socio accomandante*.

IV.

UNA NUOVA QUESTIONE SULLA MORATORIA.

La Corte d'appello di Venezia con sentenza del 26 dicembre 1891 (1), ha risoluto negativamente la questione, affatto nuova sia nella dottrina che nella giurisprudenza, se il creditore che dà voto favorevole perchè si conceda la moratoria ad un commerciante, rinunci, con ciò solo, al diritto, precedentemente acquisito, di iscrivere ipoteche sopra i beni di questo.

La *Temi veneta*, pubblicando quella sentenza, riprodusse in nota le ragioni con le quali erasi sostenuta l'opinione contraria a quella accettata dalla sentenza stessa, che sono le seguenti:

« La moratoria è una dilazione di favore concessa al debitore commerciante dall' autorità giudiziaria in seguito al voto emesso dai creditori; l'adesione dei creditori è uno dei requisiti indispensabili perchè il tribunale conceda la moratoria e crei al creditore quella situazione privilegiata per cui ogni azione, ogni esecuzione contro di lui si arresta; ed ha per necessario e razionale riscontro la inalterabilità del patrimonio che si liquida sotto la vigilanza dei creditori e del magistrato. Ciò premesso, il creditore che aderisce alla moratoria stringe una vera convenzione col debitore e cogli altri creditori. Di fronte al debitore accetta di rispettare il patto della proporzionalità delle pretese e della eguaglianza dei diritti sul patrimonio che è il pegno comune sottoposto all'amministrazione giudiziale, ed il tribunale col provvedimento di moratoria, omologa in qualche modo il patto conchiuso fra creditore e debitori. I creditori sono adunque vincolati da una vera convenzione a non agire, a non modificare la propria posizione di fronte agli altri creditori. Ogni prevalenza di diritto che dalla legge largamente interpretata poteva esser concessa anche dopo la cessazione dei pagamenti, ma prima della sentenza dichiarativa del fallimento, è interdetta dal patto particolare che sostituisce la legge generale; questo patto vincolativo, siccome elemento essenziale perchè la moratoria possa concedersi, impedisce al creditore aderente ogni atto che alteri quella

(1) *Temi veneta*, 1892, 7.

situazione giuridica ed economica esistente al momento in cui il provvedimento di moratoria è emesso, l'art. 710 non può quindi trovare applicazione; esso suppone un creditore libero dell' uso del proprio diritto potenziale d'ipoteca e segna il limite estremo di tempo in cui deve farlo valere per renderlo efficace verso i terzi. Il creditore che aderisce a che sia conceduta la moratoria, accettando il patto della inalterabilità del patrimonio del comune debitore, si interdice ogni atto, che se anche permesso dalla legge comune viola tuttavia la condizione da esso liberamente accettata ».

Tali ragioni sono, in vero, tutt'altro che trascurabili, ma non tali che non possano vittoriosamente combattersi.

Vediamo, intanto, qual' è il carattere del voto dato dai creditori perchè si conceda la moratoria ad un commerciante: e, in primo luogo, si richiede esso sempre necessariamente, perchè la moratoria possa accordarsi? Tale dubbio sorge perchè, mentre l'articolo 820 del codice di commercio, che si occupa della moratoria posteriore al fallimento, dice che il presidente ordina una convocazione di creditori; l'articolo 827 del codice stesso, che si occupa della moratoria anteriore al fallimento, si limita a disporre che il *tribunale può ordinare una convocazione dei creditori*; se dunque, fu detto, nel caso di moratoria posteriore al fallimento, il tribunale *può* ordinare una convocazione dei creditori, ciò vuol dire che il tribunale può anche accordare la moratoria ad un commerciante, senza convocare precedentemente i creditori (1); tale conclusione, quantunque generalmente respinta, ci sembra l' unica accettabile.

Il professor Bolaffio (2) si è dichiarato, in modo reciso, contrario a tale conclusione, sostenendo che il pensiero legislativo traluce ad essa contrario e che anche alla formula usata dall' articolo 827 si può dare un significato senza venire alla conclusione da noi accettata. Non si può negare che nel n. 925 della Relazione al Senato dell' on. Mancini, parlandosi appunto della moratoria anteriore al fallimento, si dica che il tribunale prima di decidere sulla domanda di moratoria deve ordinare una convocazione di creditori; ma l'opinione del Mancini, per quanto autore-

(1) **Vidari,** *Corso di diritto commerciale*, VIII, n. 4918 e App. Torino 30 marzo 1886, *Giur. tor.* 1886, 427.

(2) *Alcune questioni intorno all' istituto della moratoria Monit. dei trib.*, 1886, pag. 915.

volissima, non è il pensiero legislativo; ed è ormai principio generalmente ammesso che per l'interpetrazione della legge ha un valore tutt'altro che assoluto il pensiero dei suoi compilatori — specialmente poi, quando, come noi crediamo sia nel caso nostro, fra la parola della legge e il pensiero dei suoi compilatori vi è una opposizione evidente. Non resta quindi che vedere se, data la legge come è, preso cioè l'articolo 827 del codice di commercio come è scritto, si possa in qualche modo, e senza recare offesa alla parola della legge, giustificare l'opinione che noi diciamo di respingere. Il Bolaffio, nel citato suo scritto, dice « che se poi si volesse dare un significato alla formula usata dal codice (per quanto, riconosciutane l'inesattezza, essa perda ogni valore) potrebbe ritenersi che essa attribuisca al tribunale la facoltà di ordinare la convocazione dei creditori, oppure di rifiutarla, respingendo in questo secondo caso la domanda di moratoria, sebbene appariscano sufficienti le giustificazioni addotte dal debitore, e non sia il caso di pronunciare il fallimento ». Tale interpetrazione non ci può persuadere, perchè essa presuppone che il tribunale possa rifiutare la moratoria senza aver l'obbligo di dichiarare il fallimento di chi l'ha domandata, mentre che per disposizione dell'art. 827, ultima parte, se il tribunale riconosce non giustificata la domanda *si fa luogo sens' altro alla dichiarazione di fallimento,* essendo inconcepibile il caso di un commerciante che domandi la moratoria senza essere in istato di cessazione dei pagamenti ed avendo un attivo che sorpassi notevolmente il passivo.

Neppure si potrebbe interpetrare la disposizione del primo alinea dell'articolo 827 nel senso che il tribunale possa fare a meno di convocare i creditori, ove creda di dar luogo senz'altro alla dichiarazione di fallimento; l'erroneità di questa interpetrazione, proposta dal Vita-Levi (1), è manifesta, cotale facoltà nel tribunale essendo riconosciuta espressamente nell'ultima parte dell'articolo 827 cod. di commercio; d'altronde, le parole usate nel primo alinea di quell'articolo « *se le giustificazioni addotte appariscano sufficienti il tribunale può ordinare una convocazione di creditori* », escludono nel modo più chiaro che la parola *più* quivi usata voglia dire, come sostiene il Vita-Levi, che sia permesso al tribunale « di giudicare, senz'altro, non essere la domanda sufficientemente giustificata ».

(1) *La moratoria*, pag. 147.

Si ha, dunque, che trattandosi di moratoria anteriore al fallimento, il tribunale può concederla anche senza convocare i creditori. E quando il tribunale ordini tale convocazione — si tratti di convocazione obbligatoria (articolo 820), oppure di convocazione facoltativa (art. 827) — il voto dei creditori non è che consultivo; quindi, malgrado il voto favorevole della maggioranza dei creditori, il tribunale può rifiutare la moratoria, e può concederla malgrado il voto contrario della maggioranza; quest' ultima opinione è combattuta dal Vita-Levi (1) perchè « mancando la maggioranza, vien meno anche la ragione fondamentale della moratoria, e l'autorità giudiziaria non potrebbe efficacemente sostituirsi alla volontà degli interessati, accordandola »; ma anche qui, la parola chiara della legge sta in nostro favore; l'art. 822 del codice di commercio dispone, infatti, che il tribunale nella sua pronunzia *deve tener conto speciale del voto espresso dalla maggioranza dei creditori*; ora, *tener conto* del voto non vuol dire attenersi necessariamente ad esso, quando è negativo, nello stesso modo che non lo vuol dire, quando è affermativo.

Ammesso tutto ciò, l'opinione della Corte di Venezia s'impone necessariamente; sarebbe infatti arbitrario il presumere che i creditori aderenti alla domandata moratoria, chiamati semplicemente a dare un *parere*, abbiano in animo di rinunciare ai loro diritti come se fossero chiamati a prendere una deliberazione. E anche dimenticando che le rinunzie a diritti non vanno presunte, sarebbe pur sempre grave errore il dimenticare che una manifestazione di volontà potrebbe solo implicare rinuncia ad un diritto quando vi fosse contradizione fra quella data volontà e il diritto di cui si tratta; nel caso nostro non solo tale contradizione non esiste, ma può essere stato invece il fatto dell'acquistato diritto all'iscrizione ipotecaria, che abbia influito sulla volontà del creditore e lo abbia persuaso a dare il voto favorevole alla domandata moratoria, appunto per la certezza che niun danno avrebbe egli risentito dalla concessione della moratoria stessa.

Una riprova della bontà della nostra opinione è questa: se nella adesione alla moratoria si dovesse riscontrare una rinuncia, per parte del creditore, al diritto, acquistato precedentemente al voto, di iscrivere un'ipoteca sui beni del debitore, bisognerebbe per lo stesso ordine di ragioni riscontrare nella adesione data alla moratoria da

(1) Op. cit. pag. 87.

creditori ipotecari o privilegiati, una rinuncia alle loro ipoteche o privilegi; invece, pure ammesso, nel silenzio della nostra legge, che i creditori ipotecari o privilegiati non debbano intervenire alle adunanze indette per sentire il parere dei creditori sulla domanda di moratoria, certo si è che il voto dato dai creditori ipotecari o privilegiati, se dovrà essere trascurato dal tribunale, non implica rinuncia alla ipoteca o al privilegio (1).

Conseguenza del principio da noi sostenuto, conforme a quello della Corte d'appello di Venezia, ci sembra, al contrario di quel che pensa la Corte medesima, l'altro principio che il creditore, il quale abbia aderito alla moratoria e iscritta una ipoteca nell'intervallo fra il suo voto e la pronunzia del tribunale, possa, durante la moratoria, iniziare atti esecutivi. A persuaderci di ciò basta osservare che lo stato di moratoria non toglie al creditore ipotecario il diritto di iniziare o proseguire atti esecutivi (art. 824 codice di commercio); ne vien quindi che non solo se si ammette quanto precedentemente abbiamo sostenuto, ma anche se il voto adesivo implicasse rinuncia a qualche diritto, tale rinuncia non potendosi concepire per quei diritti che normalmente permangono durante la moratoria, in nessun modo potrebbe ammettersi che il voto favorevole alla moratoria implicasse rinunzia ad iniziare, in base ad ipoteche iscritte dopo il voto stesso, atti esecutivi, sia durante la moratoria, sia, e a maggior ragione, nell'intervallo che corre fra il voto stesso e la pronuncia del tribunale sulla domandata moratoria. E la Corte di Venezia quando disse nella sua sentenza che « l'adesione importerebbe solo rinunzia a quella posizione privilegiata in cui i creditori ipotecari furono messi nel capoverso dell'art. 824 di fronte agli altri creditori chirografari, e così dopo l'adesione si dovevano astenere durante la moratoria da atti esecutivi giusta il principio *qui vult antecedens vult etiam consequens* », cadde in contradizione, non essendosi ricordata di avere essa stessa ammesso che la concessione della moratoria non ha per *consequens* l'obbligo nei creditori ipotecari di non iniziare atti esecutivi contro il debitore.

La direzione della *Temi genovese* (2) ha però osservato in contrario: « Se il creditore ipotecario aderendo alla moratoria non rinuncia certamente alla sua ipoteca nè fa atto incompatibile con la

(1) Cfr. **Vita-Levi**, op. cit. pag. 80.
(2) 1892, 220.

conservazione di questo suo diritto, aderisce però evidentemente ad accordare al suo debitore *una mora* al pagamento, concessione che è incompatibile colla volontà di procedere invece agli atti esecutivi. L'art. 824, stabilendo che la concessione della moratoria non ha effetto pei diritti dei creditori aventi ipoteca, pegno od altro privilegio, suppone necessariamente che questi creditori restino passivi e si astengano dall'intervenire alla radunanza dei creditori chiamati ad esprimere il loro parere sulla concessione della moratoria. Che se invece intervengono od aderiscono a noi sembra che implicitamente, ma necessariamente, si interdicano di iniziare atti esecutivi, pendente la moratoria ». La questione si riduce, dunque, tutta a questo: con il voto adesivo alla moratoria è proprio vero che il creditore aderisce ad accordare al suo debitore *una mora*, come si legge nella nota della *Temi genovese?* Se questo fosse, il principio da noi sostenuto sarebbe, in verità, insostenibile — e l'opinione della Corte di Venezia, secondo cui il creditore aderente alla moratoria perde il diritto di iniziare atti esecutivi durante la moratoria, sarebbe l'unica esatta. Ma poichè, come abbiamo dimostrato, il voto della maggioranza dei creditori, favorevole alla moratoria, è semplicemente *un voto consultivo*, il creditore il quale aderisce a che sia accordata la moratoria non acconsente già ad accordare una mora al suo debitore pel pagamento, ma esprime il voto che il tribunale accordi al debitore stesso la *moratoria*. Or bene, la differenza fra questi concetti, specialmente per quanto riguarda la nostra questione, è sostanziale; infatti se il creditore aderente acconsentisse una mora, naturalmente rinuncierebbe con ciò al diritto di esercitare, durante il tempo della moratoria, ogni atto esecutivo contro il debitore, perchè fra l'avere conceduto una mora al pagamento e l'esercitare atti esecutivi per ottenere immediatamente il pagamento stesso è evidente la contradizione; ma poichè il creditore si limita ad esporre il suo avviso favorevole a che il tribunale accordi la moratoria al debitore, e poichè la moratoria non sospende gli atti esecutivi pei creditori ipotecari e privilegiati, se un creditore ipotecario aderì alla concessione della moratoria, non ha col fatto solo di questa sua adesione (lo ripetiamo) rinunciato ad esercitare atti esecutivi durante la moratoria, non essendovi contradizione fra l'esercizio di tali atti e lo stato di moratoria.

V.

L'APPROVAZIONE DEL CONCORDATO IN UNA TERZA O SUCCESSIVA ADUNANZA.

La Corte d'appello di Casale con sentenza del 31 dicembre 1891 (1) ha stabilito che è nullo il concordato deliberato in una adunanza indetta dal giudice delegato, dopo che la maggioranza richiesta dalla legge per l'approvazione del concordato proposto dal fallito non si fosse raggiunta nella seconda adunanza. La Corte d'appello di Palermo con sentenza del 12 gennaio 1891 (2) ha invece deciso che il concordato approvato dalla maggioranza richiesta dalla legge, anche dopo una seconda adunanza, sia pienamente valido.

La questione è affatto trascurata, a quanto noi sappiamo, dagli scrittori anche più recenti di diritto commerciale, quelli compresi che si occuparono specialmente del concordato; il solo prof. Mortara, in nota alla citata sentenza della Corte di Casale, dichiara che la questione a lui sembra trattata e decisa da questa sentenza in piena conformità delle leggi e delle ragioni di giustizia e moralità a cui la legge si presume ispirata.

La Corte di Casale nella sua sentenza ha osservato che nell'articolo 835 del codice di commercio si parla recisamente d'una sola adunanza, oltre la prima, e di termine per avere adesioni a fine di concludere un concordato; dunque, essa ha soggiunto, e per la lettera e per lo spirito della legge che in materia commerciale esige la massima speditezza, deve intendersi escluso ogni ulteriore convegno, dopo il secondo, essendo chiaro che se fosse lecito al giudice ed alle parti di moltiplicarli, non solo si andrebbe a ritroso dell'indole di quelle disposizioni; ma si potrebbero favorire le collusioni e le frodi, senza calcolare lo stancheggio (*sic*) che dovrebbero subire i creditori dissenzienti.

Cominciamo col toglier di mezzo gli argomenti che la Corte di Casale ed il Mortara traggono da quest'ultima ragione d'ordine morale e sociale, nonchè dal fatto che la giurisprudenza italiana, anteriormente al codice di commercio del 1882, sempre decise nel senso da loro oggi sostenuto.

(1) *Giurispr. it.* 1892, II, 133, con nota del **Mortara**.
(2) *Circolo giuridico* XII, 119.

Per il codice di commercio abrogato *il concordato dovevasi sempre tentare;* l'art. 615 di quel codice disponeva che il giudice delegato al fallimento nei tre giorni successivi ai termini fissati per l'affermazione e giuramento dei crediti *doveva* far convocare i creditori per deliberare sulla formazione del concordato; questa disposizione aveva per effetto, come fu osservato anche nei lavori preparatori per il vigente codice di commercio (1), di imporre limiti alle operazioni dell'amministrazione e della liquidazione, fino a che quelle convocazioni e trattative non fossero compiute; in vero, il concordato era pel codice abrogato un tentativo da farsi necessariamente *prima che si potesse addivenire alla liquidazione giudiziale del patrimonio del fallito, per conto della massa,* disponendo l'art. 642 di quel codice che « se non viene consentito un concordato *i creditori sono di diritto in istato d' unione* ». Pel vigente codice invece si può dal fallito, dal curatore, dalla delegazione dei creditori e da tanti creditori che rappresentino una quarta parte del passivo sempre chiedere al giudice delegato una convocazione dei creditori per la proposta di un concordato (art. 831); ma tale proposta, per regola generale, non sospende gli atti intrapresi per la liquidazione del fallimento: la regola si è che appena sono trascorsi dieci giorni dalla pronunzia della sentenza, la quale decide sulla contestazione dei crediti, il curatore deve procedere alla liquidazione dell' attivo del fallimento (art. 793); e solo se per le condizioni della proposta di concordato apparisca opportuno di ritardare la vendita dei beni del fallimento, il curatore può essere autorizzato dal giudice delegato a tenerla sospesa (art. 793). Se dunque era necessario, sotto il codice di commercio del 1865, che sulla proposta di concordato si venisse ad una pronta soluzione per potere addivenire (nel caso che questa fosse negativa) alla liquidazione dei beni del fallimento — il permettere, vigente quel codice, più di una proroga alla adunanza del concordato sarebbe stato *necessariamente* di danno ai creditori, se il concordato poi non si fosse concluso, perchè di necessità veniva ad essere ritardata la liquidazione. Ma oggi tali adunanze, per quante sieno, non recano danno alcuno ai creditori anche se non portano a nessun favorevole resultato; poichè anche la sospensione della vendita dei beni del fallito, eccezionalmente permessa dall' art. 793 cod. di comm., può

(1) *Atti della commissione incaricata di proporre le riforme al codice di commercio*, n. 917.

sempre essere revocata dal giudice che l'abbia conceduta, quando le trattative e le adunanze pel concordato si protraggano di troppo.

Non si comprende poi perchè la Corte di Casale intravvegga nel ripetersi delle adunanze, nelle pratiche che il fallito faccia a fine di persuadere i creditori ad accettare il concordato, delle manovre illecite, che la legge non possa aver voluto proteggere: la nostra legge ha voluto in ogni modo favorire il concordato, quindi non si può supporre ch'essa vegga con occhio sospettoso, sino al punto da considerarle illecite, le pratiche fatte dal fallito, sia pure ripetutamente, per raggiungere la maggioranza necessaria per l'approvazione del concordato.

L'art. 620 del codice di commercio del 1865 stabiliva che qualora « si assentisse ad un concordato per parte di un numero notabile di creditori, il giudice delegato può rimandare la deliberazione ad altra adunanza entro il termine sopra stabilito *senza altra dilazione* ». Questa ultima frase costituisce una notevole differenza fra la disposizione dell'art. 620 del codice di commercio del 1865 e la disposizione dell'art. 835 del codice vigente, tale da dimostrare l'inopportunità di fondarsi sulla giurisprudenza invalsa sotto il codice abrogato, a proposito della nostra questione. L'essersi poi nel codice vigente all'articolo 835 non riprodotta la frase « senz'altra dilazione » serve a dimostrare chiaramente non essersi voluto riprodurre il concetto che da esso era fatto palese. Il che è anche — almeno ci sembra — chiarito dai lavori preparatori del nuovo codice di commercio; infatti nei verbali della commissione citata (1) si parla della « necessità di riportare sovente la conclusione del concordato *ad una seconda o terza riunione* ».

Un'altra notevole differenza si riscontra fra il codice abrogato e quello vigente. Per quello il termine per la seconda adunanza era fissato dalla legge in quindici giorni (art. 620); per questo invece è lasciata facoltà al giudice di stabilire l'adunanza per il giorno che crede più opportuno (art. 835); la quale differenza sta a dimostrare sempre più come per il codice abrogato si richiedeva che alla deliberazione definitiva per il concordato si addivenisse prontamente, mentre per il codice vigente questa prontezza non si esige più.

Nè si dica che con il sistema da noi seguito le adunanze per il concordato potrebbero ripetersi indefinitamente; in primo luogo questo non è presumibile, poichè le nuove adunanze *possono* es-

(1) N. 917 citato.

sere accordate dal giudice delegato — il che ci dà la sicurezza che esse non si ripeteranno al di là di un limite ragionevole.

Indipendentemente poi da ciò, noi non sappiamo vedere quale inconveniente potrebbe derivare se il numero delle adunanze fosse anche soverchio, una volta che la liquidazione di fallimento non è sospesa dalla proposta di concordato, e una volta che se fosse stata, eccezionalmente, sospesa, il giudice delegato, o d'ufficio o ad istanza di qualche creditore, può revocare l'ordine di sospensione, se l'approvazione del concordato si farà troppo attendere.

Ciò premesso, dobbiamo osservare come alle due sentenze che abbiamo citato e che hanno risoluto in senso diametralmente opposto la questione della validità di una terza adunanza per l'approvazione del concordato, sia sfuggito che tutta la importanza della questione sta nel determinare gli effetti della validità di questa terza, o di altra successiva adunanza. È facile scorgere che l'ammettere la validità di un concordato approvato in una terza adunanza alla condizione che la maggioranza richiesta dalla legge per l'approvazione del concordato abbia *in questa terza adunanza* (e non prima) dato il proprio voto favorevole all'approvazione stessa, sarebbe la medesima cosa, sostanzialmente, del ritenere necessario, come fa la Corte di Casale, che il concordato venga proposto *ex novo*, dopo che non fu accettato, in due adunanze, dai creditori.

L'articolo 835 del codice di commercio implicitamente stabilisce che il voto dato per l'approvazione del concordato nella prima adunanza è, salvo dichiarazione in contrario, obbligatorio per il creditore aderente anche se la maggioranza necessaria per l'approvazione del concordato non si raggiunga che nella nuova adunanza fissata dal giudice. Ciò posto, l'importanza della questione è tutta nel vedere se, ammessa la possibilità di una terza o successiva adunanza per l'approvazione del concordato, i creditori che abbiano aderito al concordato nella prima adunanza si debbano considerare sempre aderenti ad esso, quando anche la maggioranza venga raggiunta in una terza o in altra successiva riunione di creditori.

I creditori che aderirono in una prima adunanza e che per l'art. 835 sono obbligati dal loro voto (in mancanza di revoca) anche se il concordato è approvato in seconda adunanza, non possono, senz'altro, considerarsi obbligati dal loro voto, anche se il concordato venga approvato in terza adunanza, presumendosi dalla legge il loro voto favorevole dato sotto la condizione che il concordato venga approvato nella seconda adunanza. Quindi se essi furono assenti

nella seconda adunanza o, se presenti, revocarono il loro consenso, non possono più computarsi fra gli aderenti per costituire, in una terza adunanza, la maggioranza richiesta per il concordato. Ma se invece, presenti alla seconda adunanza, non revocarono il consenso precedentemente dato, questo deve obbligarli anche per una terza adunanza, nello stesso modo e per la stessa ragione che il consenso dato nella prima adunanza, e non revocato, li obbligò per la seconda. Ciò ne sembra che derivi necessariamente dallo stesso articolo 835; infatti, dato che questo ammetta rinvii anche oltre la seconda adunanza, questi debbono avere gli effetti medesimi del primo rinvio (1) e quindi il voto dato o tacitamente confermato nella seconda adunanza deve valere per la terza, e così via, per la presunzione posta dall'art. 835, secondo cui il voto di adesione al concordato dato in un'adunanza si presume mantenuto anche se questo venga approvato nell'adunanza di rinvio, se in quella non fu revocato.

Resta ora a vedere chi avrà veste per opporsi all'omologazione del concordato per non essere stato approvato dalla maggioranza richiesta, nel caso che questo sia stato approvato in una seconda o terza adunanza, ma per costituire la maggioranza necessaria siensi considerati come aderenti dei creditori che aderirono bensì *in una* prima adunanza, ma che, per i criteri ora esposti, non possono considerarsi come aderenti se il concordato fu approvato in una terza adunanza.

In primo luogo — evidentemente — tale veste avranno i creditori del cui voto si tratta, come quelli il cui consenso si considerò intervenuto ad un atto al quale legalmente non aderirono.

Inoltre a noi sembra che tale veste abbiano ancora i creditori dissenzienti, sieno o no intervenuti alle adunanze; infatti il concordato è loro imposto dal volere della maggioranza, presumendosi dalla legge che il voto favorevole della maggioranza sia garanzia sufficiente che le condizioni del concordato sono convenienti; se questa maggioranza realmente non si pronunciò favorevolmente all'accettazione del concordato, quella presunzione più non ha luogo, mancando la ragione stessa della legge; e i creditori dissenzienti hanno diritto di opporsi alla omologazione del concordato. Nè si

(1) E debbono essere accordati, aggiungiamo, alle medesime condizioni, alle quali può essere accordato il primo; se si abbia, cioè, sempre un notevole numero di creditori che aderiscano al concordato.

obbietti che il silenzio dei creditori, i quali aderirono nella prima adunanza, e che, erroneamente, si continuarono a considerare aderenti, benchè il concordato sia stato approvato in una terza o successiva adunanza, possa considerarsi come una tacita posteriore conferma del primo loro voto favorevole: la legge vuole che la maggioranza aderente al concordato esista nel momento in cui il concordato fu approvato, essendo in questo momento che il contratto ha vita ed essendo in questo momento che debbono riscontrarsi i requisiti essenziali per la validità di esso. D'altra parte, se ciò non fosse, dovrebbe pur dirsi che i creditori dissenzienti non possono far valere le loro ragioni contro la validità di un concordato, nella votazione pel quale si considerarono come aderenti dei creditori che mai fecero atto di adesione, se questi posteriormente abbiano dichiarato di essere favorevoli al medesimo.

ANGELO SRAFFA.

RODOLFO DE JHERING

Il 17 Settembre 1892 moriva in Gottinga **RODOLFO DE JHERING** uno dei più geniali giuristi dell'epoca nostra nato ad Aurich il 22 Agosto 1818, libero docente a Berlino nel 1843, professore successivamente a Basilea, a Rostock, a Kiel, a Giessen, a Vienna e finalmente a Gottinga.

Di lui basti ricordare l'opera sullo *spirito del diritto romano*, cominciata a pubblicare nel 1852, la quale se pure ha dato luogo a critiche varie e se pure contiene idee non tutte accettabili, rimane prova magnifica dell'ingegno grande di **JHERING**, *ed è l'opera* dove più e meglio che in ogni altra si dà la prova ampia e sicura che il diritto romano non fu l'opera di una logica inflessibile ed astratta, ma che invece i principî giuridici di esso furono modellati sui bisogni della vita; l'opera intitolata *lo scopo nel diritto*, il cui concetto informatore si è che il diritto deve la sua formazione alla utilità, ed è nell'interesse pratico che deve ricercarsi l'origine storica di ogni istituto giuridico; l'opera sulla *lotta per il diritto* di cui si ha una pregevole traduzione italiana, nella quale si dimostra che la lotta è per il diritto, ciò che il lavoro è per la proprietà; finalmente l'opera sulla *volontà nel possesso* che ha destato vive discussioni, di cui l'eco non è ancora cessata.

L'*Archivio Giuridico* invia un reverente saluto alla memoria del grande romanista che è morto.

BERNARDO WINDSCHEID

Appena ad un mese di distanza dalla morte di **JHERING**, la scienza tedesca fu privata di un altro grande giureconsulto, **BERNARDO WINDSCHEID**, morto il 26 Ottobre 1892.

Egli era nato a Düsseldorf il 26 Giugno 1817 e dopo essere stato libero docente all'Università di Bonn, fu professore a Basilea, a Greifswald, a Monaco, ad Heidelberg e finalmente a Lipsia.

L'opera principale di **WINDSCHEID** — di cui è in corso una traduzione italiana — è il celebre *trattato delle Pandette*, lavoro che è frutto di lunghe meditazioni, di profondi studi, di accurate e pazienti ricerche; lavoro che ha avuto una influenza grandissima sul moderno indirizzo della dottrina e della giurisprudenza germaniche — e che maggiore è destinata ad averne, se diverrà legge il disegno di codice civile germanico, alla preparazione del quale il **WINDSCHEID** fino al 1883 prese parte, e sopra il quale si fa sentire ad ogni passo la influenza delle dottrine accettate e sostenute da lui.

Non geniale, nè suggestivo scrittore come l'**JHERING**, ma più di questo misurato e pratico, **BERNARDO WINDSCHEID** passa alla storia come uno degli uomini maggiormente benemeriti degli studi nostri.

BIBLIOGRAFIA

---

1. *Sommaire périodique des Revues de droit*, Bruxelles, Larcier (Rue des Minimes 21) éditeur.

È questa una delle più utili pubblicazioni che si sieno escogitate in questi ultimi anni, nei quali tante pubblicazioni inutili nacquero.... per farsi dimenticare, tante riviste, che ebbero la vita di un giorno, nacquero.... per morire. Il *Sommaire* ha uno scopo chiaro, preciso e semplice: le riviste giuridiche, che si stampano nel mondo intiero, sono tante e così varie che è impossibile tenere dietro a tutte; eppure oggi la rivista è il mezzo più adatto e generalmente scelto per la pubblicazione delle monografie, e le monografie costituiscono ormai, indubitatamente, la parte più notevole e profittevole dell' immensa produzione giuridica internazionale. Il **Blanchemanche**, avvocato alla Corte di Bruxelles, per mettere con facilità gli studiosi nella possibilità di avere pronta e *piena* conoscenza di tutti i lavori monografici che vedono la luce nelle riviste dei due mondi, ideò con altri egregi la pubblicazione del *Sommaire* il quale mensilmente pone sotto gli occhi dei suoi lettori i titoli ordinati razionalmente delle monografie giuridiche pubblicate in oltre 250 riviste di Europa e d' America, accompagnandoli delle indicazioni più necessarie. Del *Sommaire* furono già pubblicati 12 numeri e il progresso nella distribuzione delle materie, nella correttezza dell' ortografia (che, specie l' italiana nei primi numeri lasciava molto a desiderare) nella eleganza dei caratteri è sensibile. Siamo anzi certi che il progresso del *Sommaire* dovrà sempre continuare e che fra poco alcuni, per ora inevitabili, difetti che vi si notano, andranno scomparendo; e ne è arra sicura, oltre il nome dei valorosi direttori — il **Blanchemanche**, il **Cassier**, l' **Hallet**, l' **Otlet** — il nome di una delle maggiori autorità in materia di bibliografia giuridica, l' illustre **Dugniolle**, avvocato alla Corte d' Appello di Parigi, il quale oltre ad essere un giurista di valore, ha con passione e con intelligenza coltivato gli studi bibliografici; a lui la scienza del diritto va debitrice dei *Repertori bibliografici* pubblicati nella *Iurisprudence com. des Flandres*, vero modello del genere. L' abbonamento al *Sommaire* per un anno costa per l' Italia e gli altri stati dell' Unione postale solamente 14 lire. Raccomandiamo vivamente ai nostri lettori l' importantissima pubblicazione.

La Direzione.

2. Prof. **Torquato Cuturi,** *Studi sulla dichiarazione giudiziale della paternità dei figli naturali con particolare riferimento al diritto civile francese e al diritto civile italiano.* Perugia, Tip. Buoncompagni, 1892.

La storia della ricerca della paternità nel diritto romano, nel diritto canonico e nel diritto civile anteriore al Codice Napoleone, è esposta dall' A. raccogliendo in un numero relativamente breve di pagine, abbondanti e importanti notizie, sapientemente coordinate ed accompagnate da notevoli osservazioni, specialmente sulla condizione giuridica delle donne sedotte e dei figli naturali.

Dando fine alla parte storica del suo lavoro, l' A. analizza molto finamente lo svolgersi dell' opinione degli scienziati e di quella del pubblico, che dalla esagerata fede accordata nel medio evo alla donna sedotta, la confessione della quale bastava per designare il padre del nato illegittimo, passa ad un principio esageratamente favorevole al seduttore.

L' A. esamina poi l' art. 340 del Codice Napoleone nella sua genesi, negli studi di cui è stato oggetto, e nella giurisprudenza; è una rassegna minuta, ma tutt' altro che arida, nella quale ad ogni momento l' A. aggiungendo, criticando, correggendo e commentando fa sentire l' opinione sua, sempre acutamente svolta e sostenuta.

La trattazione scientifica e l' analisi delle questioni di diritto relative alla ricerca giudiziale della paternità, trovano posto quasi per intiero nella seconda parte dell' opera, che si riferisce al diritto italiano. In essa, oltre alla larghezza di vedute e alla chiarezza con cui l' A. fa una sintesi efficacissima di tutto quanto è stato scritto intorno all' argomento, è da segnalare la originalità, schiettamente italiana, dei concetti, esposti in una prosa limpida e suggestiva.

A. S.

BOLLETTINO BIBLIOGRAFICO

1. **Glück.** *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, fortgesetzt von Doct. **August Ubbelohde.** Vierter Theil. Erste Abtheilung. Erlangen, Verlag von Palm und Enke, 1893 (Prezzo 8 marchi, pari a lire 10). — Il volume che annunciamo è un commentario al Libro XLIII, titoli 6-11. Il titolo 6 tratta della difesa interdittale delle cose di diritto divino (*ne quid in loco sacro fiat*) e i titoli 7 a 11 riguardano i fondi e gli altri *loca publica* soggetti all'uso pubblico. In uno dei prossimi fascicoli dell'*Archivio* pubblicheremo una recensione di questo importante volume. Per ora ci siamo limitati ad annunciarlo, e ci congratuliamo con la benemerita Ditta *Palm* e *Enke* che promette di condurre presto a termine il vasto *Commentario alle Pandette* di **Cristiano Glück**, che dovrebbe trovarsi in tutti gli studi degli avvocati esercenti, i quali vi troveranno la soluzione di tutte le questioni che si presentano nella pratica (*).

2. **Voigt.** (Moriz). *Römische Rechtsgeschichte.* Ersler Band. Leipzig. Verlag von A. G. Liebeskind 1892 (Prezzo 27 marchi). Di quest' opera importantissima speriamo di poter pubblicare una estesa recensione del sig. prof. C. Ferrini a cui è dedicata.

3. **Brunner** (Heinrich). *Deutsche Rechtsgeschichte.* Zweiter Band. Leipzig. Verlag von Duncker und Humblot 1892. Fa parte dell' *Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft* del **Binding.**

4. **Pernice** (Alfred). *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit.* Dritter Band. Erste Abtheilung. Halle. Max Niemeyer 1892. Dello stesso autore *Parerga IV* (Estratto dalla *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Vol. XXVI).

5. **Bekker** (E. I.) *Die römischen Komiker als Rechtszeugen.* (Estratto dalla *Zeischrift für Rechtsgeschichte*, vol. XXVI). Questo importante studio si occupa specialmente dell' opera del **Costa**, *Il diritto privato dei Romani nelle commedie di Plauto.*

6. **Wlassak** (Moritz). *Subsiciva.* (Estratto dalla *Zeitschrift* del Grünhut, vol. XIX).

7. **Steinlechner** (Paul). *Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge.* 1. Theil. Innsbruck, Universitätsbuchhandlung, 1893.

8. **Sachsse** (Hugo). *Bernardus Guidonis Inquisitor und die Apostelbrüder.* Rostock 1891.

9. **Kries** (August). *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts.* Freiburg,

(*) La traduzione italiana del celebre *Commentario alle Pandette* di **Cristiano Glück,** della quale è uscita la 140ª dispensa si pubblica presso il Dott. **Leonardo Vallardi** di Milano.

1892. (Verlag von Mohr).

10. **Mayr** (Georg). *Allgemeines statistisches Archiv.* Zweiter Jahrgang. I. Halbband. Tübingen, 1892.

11. **Gareis** (Carl). *Das deutsche Handelsrecht.* Vierte Auflage. Berlin. J. Guttentag, 1892.] È un completo compendio del diritto commerciale, compreso il diritto cambiario e marittimo (pag. 859).

12. **Burckhard** (Ugo). *Ueber Schenkungsannahme.* Würzburg, 1892.

13. **Pappenheim** (Max), **Kipp** (Theodor), **Frantz** (Adolph), und Siegmund **Schlossmann.** *Abhandlungen.* Festgabe der Kieler Jristen-Facultät zu Rudolf von Jherings fünfzigjährigem Doktor-Jubiläum. Kiel Verlag von Lipsius und Tischer, 1892.

14. **Matthiass** (Bernhard), **Lehmann** (Karl), **Sachsse** (Hugo) und Friedrich **Oetker.** *Juristische Festgaben für Rudolf von Jhering.* Stuttgart. Verlag von Ferd. Enke, 1892.

15. **Matthiass**, **Bernhöft** und **Oetker.** *Festschrift zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum von Bernhard Windscheid.* Rostock Adlers Erben, 1888.

16. **Kuntze,** (Johannes Emil). *Jhering, Windscheid und Brinz.* Leipzig Rossberg'sche Buchhandlung, 1893.

17. **Bar.** *Lehrbuch des internationalen Privat-und Strafrechts.* Stuttgart, Ferd. Enke 1892. Dello stessa Autore esiste un trattato più esteso (in due grossi volumi) del diritto internazionale privato e penale.

18. **Bekker** (Ernst Jmmanuel). *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft.* Leipzig Breitkopf und Härtel, 1892.

19. **Siepmann** (Friedrich). *Besitzerwerb des Kindes.* Göttingen Fr. Kaestner, 1892.

20. **Ott** (Emil). *Die rhetorica ecclesiastica.* Ein Beitrag zur canonistischen Literaturgeschichte des XII. Jahrhunderts. Wien bei F. Tempsky, 1892.

21. **Meili**;(Friedrich). *Rechtsgutachten über den internationalen Streit betreffend die Eisenbahnlinie Lourenço Marquès.* Zürich Orell Füssli 1892.

22. **Hörmann** (Walther). *Die desponsatio impuberum.* Innsbruck. Universitäts-Buchhandlung, 1892.

23. **Dernburg** (Heinrich). *Pandekten.* Dritte verbesserte Auflage. Berlin, Verlag von H. W. Müller, 1892. Il trattato delle Pandette dell' illustre professore di Berlino si distingue per precisione e per chiarezza di esposizione.

24. **Schneider** (Albert). *Das schweizerische Obligationenrecht.* Elfte Lieferung. Zürich J. Schulthess, 1893. Questa undecima dispensa contiene il commentario agli articoli 738 a 828 del Codice svizzero delle obbligazioni. Sotto ogni articolo l' illustre A. indica le fonti, la bibliografia, riassume lo stato della pratica giurisprudenza e spiega le disposizioni della legge con le opinioni degli scrittori e con ben scelti esempi tolti dalla vita pratica.

25. **Huc** (Théophile). *Commentaire theorique et pratique du Code Civil.* Paris, Librairie Cotillon, 1891-93. Sono usciti quattro volumi (Articoli 1 a 710). L' opera completa consterà di dodici volumi.

26. **Guillouard.** *Traité du prêt, du dépot et du séquestre* (Art. 1874 à 1963). Paris. A. Durand et Pedone Lauriel, 1892, (Prix 8 fr.)

27. **Leloir** (Georges). *Code de la puissance paternelle.* Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1892.

28. **Yseux** (Victor). *La litispendance dans les relations internationales.* Bru-

xelles, Larcier 1892.

29. **Appleton** (Jean). *Le fondement de la protection possessoire.* Paris, Larose et Forcel, 1893.

30. **Appleton** (Charles). *De la situation sociale et politique des femmes dans le droit moderne.* Lyon, A.Storck, 1892.

31. **Société de législation comparée.** *Annuaire de législation étrangere.* XX.° année. Paris, Libr. Cotillon 1891 (pag. 1039). — *Annuaire de legislation française.* XI.° année. Paris Libr. Cotillon, 1892 (pag. 190).

32. **Saleilles** (Raymond). *La controversia possessionis et la vis ex conventu à propos de l' interdit Uti possidetis.* Paris L. Larose et Forcel, 1892. L' illustre Autore dedicò questa stupenda monografia al Direttore dell'*Archivio giuridico* « à titre d' hommage et comme participation à la fête jubilaire célébrée en son honneur à Pise le 26 Juin 1892 ».

33. **Dore** (G. B.) *Studi sugli interdetti romani.* Parte I, Sezione prima. Firenze, L. Niccolai, 1892 (pag. 250).

34. **Leto** (Giovanni). *L' interdetto Utrubi e la perfezione della donazione di cose mobili in senso della lex Cincia nei Frammenti Vaticani.* Parte I, Palermo, Tip. Vena, 1892.

35. **Biondi** (Corrado). *La bonorum venditio nel diritto romano.* Napoli, Tip. Prete, 1892.

36. **Zocco-Rosa.** *La questione intorno al compilatore di Inst. IV, 18 da Huschke a Gruppe e Ferrini.* (Estratto dal Volume per le onoranze al prof. Filippo Serafini per il suo XXXV anno d' insegnamento).

37. **Savigny.** *Sistema del diritto romano attuale.* Traduzione dall' originale tedesco di Vittorio Scialoja, pro di diritto romano della R. Università di Roma. Disp. 46 (vol. V), Torino, Unione tip.-edit., 1892.

38. **Pertile** Antonio. *Storia del diritto italiano dalla caduta dell' impero romano alla codificazione.* Nuova edizione intieramente riveduta. Dispensa 18 (vol. IV, disp. IV). Torino, Unione tip.-edit. 1892. L. 1 la dispensa.

39. **De Pirro** (Vito). *Della enfiteusi.* Lanciano, R. Carabba 1893.

40. **Giorgi** (Giorgio). *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali.* Vol. III, Parte speciale. Lo Stato. Continuazione e fine dei contratti. Quasi contratti, fatti illeciti e responsabilità. Demanio pubblico. Giudizi dello Stato. Firenze, Lib. Fratelli Cammelli, 1892.

41. **Ferrarini** (Lodovico). *L' invalidità degli atti giuridici.* Vol. I, Modena, E. Sarasino, 1892.

42. **Scaduto** (Francesco). *Diritto ecclesiastico vigente in Italia.* 2.ª edizione. Vol. I. Torino, fratelli Bocca, 1893 (Prezzo L. 12).

43. **Brezzo.** *Studi di diritto civile.* I. *Sostituzione fedecommessoria.* II. *Il possesso quale elemento presuntivo di diritto.* Torino, Fr. Bocca, 1893.

44. **Nani** (Alberto). *Repertorio generale della legislazione del Regno di Italia dal 1.° Gennaio 1861 al 1.° Gennaio 1892.* Roma, Tip. della Camera dei Deputati, 1893. Ecco il programma: « La Raccolta degli Atti Ufficiali del Regno d' Italia, dal 1° Gennaio 1892, comprende centoquaranta grossi volumi di oltre mille pagine ciascuno; i quali contengono complessivamente più che *trentamila* fra leggi e decreti.

Di questa mole, davvero immensa, di legislazione si riducono a poche centi-

naia le leggi e i decreti che non abbiano relazione con gli atti anteriori o che non siano stati modificati da atti posteriori. Il maggior numero sono talmente connessi fra di loro che non è possibile consultarne uno senza il bisogno di ricorrere all'altro.

In questo stato di cose non vi è chi non vegga quanto debba riuscire malagevole, anche ai più esperti nella materia, la ricerca di un determinato provvedimento legislativo o regolamentare, con tutte le modificazioni e variazioni relative.

Citiamo un esempio. Occorre vedere quali leggi e decreti siano stati pubblicati, a tutt'oggi, in base alla legge comunale e provinciale (Lanza, Farini) del 20 Marzo 1865, n. 2248.

Ora, mancando un'apposita pubblicazione, non vi è altro mezzo che sfogliare e risfogliare, uno per uno, tutti i volumi della Raccolta Ufficiale posteriori a quella data; nè si creda che con ciò sia sempre possibile conseguire lo scopo; poichè, il più delle volte, la semplice enunciazione del sunto di una legge o di un decreto non è sufficiente a far vedere da quale atto anteriore esso abbia avuto emanazione.

Eppure, nel citato caso della legge 20 marzo 1865, dopo lunghe e accurate ricerche, si trova che in base ad essa furono pubblicati ben *milletrecentosettantatrè* decreti. Invece, col Repertorio Nani si giunge al medesimo esattissimo risultato, aprendo il volume (che è in ordine cronologico rigoroso) sotto la data 1865: marzo 20; ove, in apposite colonne, si legge, a colpo d'occhio:

1.° il sunto di essa legge;

2.° il nome del ministro proponente;

3.° la data;

4.° la serie;

5.° il numero della serie;

6.° il numero del volume;

7.° il numero della pagina;

8.° il nome del ministro, la data e il numero della serie di tutte le leggi e di tutti i decreti anteriori e posteriori, che hanno qualche relazione con la legge predetta.

E tutte queste indicazioni sono ripetute per ciascuna delle trentamila leggi e decreti che sono contenuti nell'intera Raccolta degli Atti Ufficiali dal 1.° Gennaio 1861 al 1.° Gennaio 1892. A rendere poi anche più utile questo Repertorio, si è creduto opportuno aggiungervi un indice generale delle leggi e decreti pubblicati nella parte principale della raccolta ufficiale, disposti cronologicamente e per ordine alfabetico di materia, con l'aggiunta delle indicazioni necessarie a rintracciare negli atti parlamentari i disegni di legge e le discussioni che alle leggi si riferiscono, e le quali costituiscono in certo modo la naturale interpretazione delle disposizioni legislative che ci governano.

Ciò basti a dare un'idea della somma importanza pratica di questa pubblicazione con la quale gli editori credono di aver reso un vero servigio non solo agli studiosi di cose giuridiche e legislative, ma anche a tutti i Comuni, uffici pubblici e privati, amministrazioni, ecc., che hanno continuamente bisogno di sapere se una determinata legge, o decreto, o regolamento sia ancora in vigore; e, se più non lo è, da quale altro atto ufficiale sia stato modificato o abrogato ».

45. **Cauwès** (Paul). *Cours d'économie politique*. Troisième édition. Paris, Libr. Larose et Forcel, 1893. Sono

pubblicati i primi due volumi. I volumi 3.° e 4.° usciranno nel maggio prossimo.

46. **Machado** (Brazilio). *A noçao do status em direito romano,* S Paulo, Typogr. da companhia industrial 1893. L'egregio A., premesso che ogni diritto suppone un subbietto cui competa, cioè una persona naturale o una persona giuridica; ed osservato che per diritto romano l'uomo come tale non è persona, ma soltanto quell'uomo che dalla legge è riconosciuto capace di diritti; passa ad esaminare i tre stati civili, che in diritto romano costituiscono il fondamento della piena capacità giuridica, civile e politica (*caput*), cioè gli *status libertatis*, *civitatis* e *familiae*. Da ultimo esamina le tre *capitis deminutiones*. L'A. cita le fonti, specialmente i testi delle Pandette, e fra le opere moderne quelle del Böcking e del Voigt.

47. **Machado** (Alcantara). *Do momento da formaçao dos contractos por correspondencia.* S. Paulo, Typ. Comp. industr. 1892. In questa elegante Memoria sul momento della perfezione dei contratti per corrispondenza epistolare e telegrafica l'egregio A. dimostra di conoscere molto bene le opere italiane, francesi e tedesche, che trattano la medesima questione, nonchè le diverse legislazioni d'Europa e d'America. L'A. espone con ordine e chiarezza i varii sistemi e nell'esprimere la propria opinione, la conforta sempre con buoni argomenti.

48. **Cuënot** (Henry). *De la condannation civile à Rome.* Paris, A. Giard et E. Brière 1892.

49. **Ferri** (Enrico). *L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica.* Terza edizione ampliata. Torino, frat. Bocca, 1892. Prezzo L. 6.

50. **Magni** (Claudio). *Giudici conciliatori.* Firenze, Frat. Cammelli 1893, (Prezzo L. 2.50).

51. **Coviello** (Nicola). *L'ultimo capoverso dell'art. 1235 Codice civile.* Milano, Dott. Leonardo Vallardi, 1892.

52. **Franchi** (Luigi). *L'assegno bancario (check).* Milano, Dott. Leonardo Vallardi, 1892.

53. **Ciccaglione** (Federico). *Il diritto successorio nella storia del diritto italiano.* (Estratto dal *Digesto italiano*). Torino, Unione Tip. editrice, 1892.

54. **Segré** (Gino). *Dell'azione di caducità promossa contro l'enfiteuta.* (Estratto dal volume per le onoranze al prof. Filippo Serafini per il suo XXXV anno d'insegnamento). Firenze, Barbèra, 1892.

55. **Norsa** (Emilio). *I procedimenti speciali.* Parte I, Introduzione e generalità. Padova, Tip. Salmin. (Prezzo lire 5). L'utilità dell'opera ci fa desiderare la pubblicazione della Parte speciale.

56. **De Cupis** (Adriano). *Di alcune fondamentali questioni sulla determinazione della indennità nelle espropriazioni per causa di utilità pubblica.* Torino, Unione tip. edit., 1892. (Prezzo L. 4). Riproduciamo il Programma della Società editrice; « L'avv. **De Cupis,** addetto alla difesa dello Stato nelle cause di espropriazione per opere pubbliche, impensierito della sospensione delle opere di rinnovamento della città di Roma, dettò il presente studio, addittando alcune delle molte cause che contribuirono al mal esito dell'ardita impresa, e i modi di farli cessare o almeno diminuire. Quanto alle cause, che troppo son note, la prima e principale consiste nella illusione in cui è caduta in genere la speculazione di un esagerato

aumento di popolazione in brevissimo tempo; onde il doppio danno della incetta forsennata di aree a prezzi esorbitanti, con l'occasione data all'aggiotaggio, e della disseminazione del fabbricato a distanze considerevoli non che dai centri, ma dalla cinta stessa della città. E l'aggiotaggio che, come accade, ha presto sostituito ogni onesta speculazione nel commercio delle aree, ha poi influito altresì in modo disastroso nella determinazione amichevole o giudiziaria delle indennità di espropriazione per le opere da farsi dalla autorità pubblica governativa o comunale.

Invano dalla difesa dello Stato e del Comune si è procurato di fare intendere ai magistrati, che dovendosi dalla causa espropriante pagare per ragione di indennità nient'altro che il giusto prezzo che avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compravendita, non poteva essere obbligata a pagare il prezzo artificiale d'una speculazione azzardosa e dissennata, imperocchè è parso ai magistrati che dovesse invece questa bastare quale regola dei valori. Or non è chi non veda che tutto ciò rappresenta una immensa somma di danaro malamente impiegata, perchè indebitamente pagata ai privati proprietari, e sottratta all'opera pubblica, alla quale son perciò mancati innanzi tempo i capitali che erano stati ad essa destinati. In prova cita esempi di proprietà, che stimate L. 56,986. 27, salirono a L. 347,473. 80; da lire 256,680. 55 a L. 4,092,361. 12; da L. 431,623. 80 a L. 3,106,035. 24: mentre i prezzi d'acquisto erano di molto inferiori.

Il **De Cupis** combatte perciò le grosse stime, e richiama alle giuste interpretazioni della legge e indica qualche rimedio. Egli basa il suo studio sopra un numero ristretto di questioni fondamentali, cioè: al criterio di stima, all'applicazione della legge, e alla determinazione dell'indennità.

Sebbene inspirate dai fatti accaduti in Roma, le sue osservazioni varranno anche per le altre città, imprese ferroviarie; ovunque vi sono importanti opere pubbliche da eseguire necessiteranno espropriazioni ».

57. **Parodini** (Giuseppe). *Interpretazione dell'art. 91 Cod. di proc. civ. in relazione agli art. 868-870 Cod. di Comm.* (Estratto dal Giornale *La Legge*. Anno 1892, vol. II, num. 4).

58. **Pipia** (Mario Umberto). *Della solidarietà tra la responsabilità del committente e del commesso in tema commerciale* (Estratto dall' *Annuario Critico* del prof. **P. Cogliolo,** Anno IV, fasc. 4-5).

59. **Vidari** (Ercole). *Contro un Codice unico per le obbligazioni* (Estratto dal Giornale *La Legge*, Anno 1892, vol. II, num. 18).

60. **Benfante** (G. B.) *Congresso internazionale di diritto marittimo a Genova. Relazione critica.* Palermo, Virzi, 1893.

61. **Ciccaglione** (Federico). *Le istituzioni politiche e sociali dei ducati napolitani.* Napoli, Marghieri 1893. (Prezzo L. 5).

62. **Mezzacapo** (Gaetano Carlo). *Incapacità del papa a succedere.* (Estratto dalla Gazzetta *Diritto e giurisprudenza*, Anno VIII, num. 17 e 20).

63. **Garelli della Morea** (G E.) *Di alcune recenti riforme amministrative in Italia.* Torino, Unione tip. edit. 1892.

64. **Morelli** (Alberto). *La funzione legislativa.* Bologna, Zanichelli 1893.

(Prezzo L. 6).

65. **Biondi** (Corrado). *Gli articoli 839 e 861 del Codice di Commercio.* (Estratto dalla *Critica forense*).

66. **Savagnone** (Guglielmo). *Le maestranze siciliane e le origini delle corporazioni artigiane nel medio evo.* Palermo, Tip. Amenta 1892.

67. **Busatti** (Luigi). *Sugli effetti del giudicato fra creditore e debitore principale nei rapporti col fideiussore.*

68. **Dello stesso:** *Sull'estinzione del mandato alle liti. - Sulla competenza del magistrato in secondo grado a conoscere del passaggio in giudicato della sentenza appellata in seguito alla perenzione dell'appello.* (Estratto dal *Foro Italiano*, Anno XVII, fasc. 17, 19 e 21).

69. **Zingaropoli** (Francesco) *Spirito dell'articolo 489 codice di procedura civile.* Napoli De Angelis 1892. (Prezzo L. 2). Sommario: I. L'appello rigettato in applicazione dell'art. 489 può riproporsi ove non sia ancora decorso il termine per appellare. - II Non può il rigetto pronunziarsi di ufficio. - III. Se l'appellato abbia quesito il diritto al rigetto. - IV. L'appellante contumace può valersi del disposto dell'art. 386 C. P. Civ. - V. Se sia ammessibile l'opposizione contumaciale avverso la sentenza di rigetto.

70. **Manfredini** (Giuseppe) *Dell'esecuzione forzata. Regole generali. Esecuzione mobiliare.* Bologna, Nicola Zanichelli 1892.

71. **Scialoja** (Vittorio). *L'anticipazione delle spese per la procedura di fallimento da parte dello Stato.* (Estratto dal *Foro Italiano*, Anno XVII, fasc. 10).

72. **Guariglia** (Alfonso). *Il concordato nel diritto italiano e straniero.* Napoli, L. Pierro 1892. Prezzo L. 6).

73. **Littaru-Zanda** (Antonio). *La Legge 30 Marzo 1890 e la Pretura di Tonara.* Cagliari, Tip. dell'Avvenire 1891. (Prezzo cent. 50).

74. **Segrè** (Gino). *Di alcune pericolose tendenze nello studio sistematico del diritto romano.* Cagliari, Tip. Commerciale 1892.

75. **Grego** (Umberto) *Della rescisione per causa di lesione.* (Estratto dall'*Annuario critico* diretto dal prof. **P. Cogliolo**, Anno IV, fasc. 4-5). Firenze, Gius. Pellas 1892.

76. **Perenzoni** (Arturo). *Interessi moratori e compensatori.* (Art. 1231, Cod. civ.). Estratto dalla *Giurispr. Casalese* 1892).

77. **Ferrini** (Contardo). *Il digesto.* (Prezzo L. 1.50); **Bruni** (Enrico): *Il nuovo catasto italiano.* (Prezzo L. 3); **De Brun** (Alessandro): *Contabilità comunale.* (Prezzo L. 1.50); **Racioppi** (Francesco): *Ordinamento degli Stati liberi fuori d'Europa.* (Prezzo L. 3). Milano, Ulrico Hoepli 1892-1893.

78. **Rossi** (Luigi). *La riduzione delle Università in Italia.* Bologna, N. Zanichelli 1892.

79. **Garlanda** (Federico). *La filosofia delle parole.* Roma Società Laziale. (Elegante volume di pag. VIII-307 al prezzo di L. 4). Sommario: Introduzione - Suoni e linguaggio - La Famiglia Indo-Europea - Il gruppo neolatino - L'Italia linguistica - Escursioni etimologiche - Grammatica comparata - Appunti sulla storia della scienza del linguaggio - L'origine del linguaggio - Mitologia comparata - Nuove escursioni etimologiche - Nomi comuni derivati da nomi propri - Nomi locali e cognomi. Glottologia, storia e paletnologia - Lo sviluppo della moralità e il linguaggio - I nomi dei color

- I nomi dei numeri - Le superstizioni del linguaggio - Perchè le parole cambiano di significato - Natura e ragione dei sinonimi - Sinonimi internazionali - Lingue e popoli - Conclusione.

80. **Tommasini** (Tebaldo) *La giurisprudenza sul Codice civile dall'anno 1866 al 1890, compendiata articolo per articolo con richiamo al diritto romano.* Volume Primo. Roma, Tip. della Camera dei deputati 1892. Questo primo volume comprende la giurisprudenza sui primi 709 articoli. È un'opera di grande utilità pratica e costa sole lire 7.50.

81. **Bianchi** (Saverio Francesco). *Corso di civile italiano.* Volume V. dispensa 11. L'opera dell'illustre A. non ha bisogno dei nostri elogi. Le questioni sono trattate con ampiezza e con sano criterio giuridico.

82. **Fiore** (Pasquale). *Il Cod. Civ. Ital. secondo la dottrina e la giurisprudenza.* - Esposto dai professori: Bianchi Emilio - Caporali Dante - Cuturi Torquato - Fiore Pasquale - Gabba C. Francesco - Gianturco Emanuele - Landucci Lando - Lomonaco Giovanni - Mirabelli pres. Giuseppe - Porro Antonio - Scialoja Vittorio - Vitali Vittore. Sono uscite 134 dispense.

83. **Landucci** (Lando). *Trattato teorico pratico di diritto civile francese-italiano.* Unione Tip. Edit. Torino 1893. Sono uscite undici dispense a L. 1 la dispensa. Di questo eccellente trattato avremo occasione di occuparci. L'edizione è nitida e corretta.

Filippo Serafini *proprietario e responsabile*

INDICE ALFABETICO DELLE MATERIE

contenute nel volume XXXXIX dell' Archivio Giuridico

(N. B. I nomi stampati in nero indicano gli autori delle memorie).

A

B

C

D

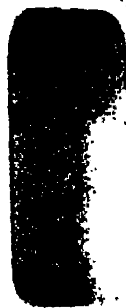
INDICE


32101 065111591



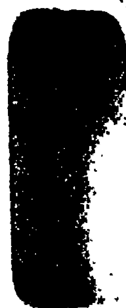



32101 065111591






32101 065111591






32101 065111591








32101 065111591





